

URDG 758

En redegjørelse for ICCs regelverk for on demand-garantier

Kandidatnummer: 618

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17964



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | URDG 758 – Presentasjon av tema | 1 |
| 1.2 | Historikk | 3 |
| 1.3 | Terminologi og oversettelser | 4 |
| 1.4 | Anvendelse av URDG 758, regelverkets omfang og forholdet til bakgrunnsretten | 6 |
| 1.5 | Demandgarantier og standby letters of credit | 6 |
| 1.6 | Motgarantier..... | 7 |
| 1.7 | Internasjonal standard demandgaranti-praksis..... | 8 |
| 1.8 | Oppgavens formål og omfang..... | 8 |
| 2 | UTFORMING AV GARANTIEN..... | 9 |
| 2.1 | Garantiens uavhengighet..... | 9 |
| 2.1.1 | Artikkel 5(a) – Garantiens uavhengige karakter og henvisning til det underliggende avtaleforholdet..... | 10 |
| 2.1.2 | Art. 5(b) – Motgarantiens uavhengighet..... | 11 |
| 2.2 | Art. 6 – Hovedregelen om dokumentbaserte betingelser..... | 12 |
| 2.3 | Art. 7 – Garantien bør ikke inneholde betingelser som ikke er dokumentbaserte..... | 12 |
| 2.3.1 | Nærmere om ikke dokumentbaserte betingelser | 13 |
| 2.3.2 | Ett unntak..... | 14 |
| 2.4 | Art. 8 – Hva garantien bør inneholde..... | 15 |
| 3 | UTSTEDELSE AV GARANTIEN | 16 |
| 3.1.1 | Art. 4(a) – Kontrolltesen..... | 16 |
| 3.1.2 | Art. 4(b) – Garantierklæringens ugjenkallelighet..... | 18 |
| 3.1.3 | Beneficianten plikter ikke å akseptere garantien | 19 |
| 3.1.4 | Art. 4(c) – Når kan et krav under garantien fremmes? | 19 |
| 3.1.5 | Art. 10 – Formidling av garanti | 20 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 3.1.6 | Art. 28 – Ansvarsfrihet for feil oppstått i eller ved oversendelsen | 21 |
| 3.1.7 | Art. 28(a) – Forsinkelse, tap eller feil oppstått under sending | 21 |
| 3.1.8 | Art. 28(b) – Ansvarsfritak for feil i oversettelse eller tolkning av tekniske begreper..... | 21 |
| 3.1.9 | Art. 29 – Ansvarsfritak for en annen parts handlinger | 21 |
| 3.1.10 | Art. 32 – Ansvar for kostnader og gebyrer..... | 22 |
| 4 | ENDRING AV GARANTIEN | 23 |
| 4.1 | Endringsavtaler | 24 |
| 4.1.1 | Art. 11(a) – Garantisten kan ikke eller vil ikke utstede en endringsavtale.... | 24 |
| 4.1.2 | Art. 11(b) – En utstedt endringsavtale binder garantisten, men ikke beneficianten | 24 |
| 4.1.3 | Endringsavtalen er uten virkning hvis garantien har opphørt..... | 24 |
| 4.1.4 | Endringsavtale utstedt uten autorisasjon fra instruerende part | 25 |
| 4.1.5 | Uten forhåndssamtykke er beneficianten ikke bundet av en endringsavtale. | 25 |
| 4.1.6 | Beneficianten er ikke forpliktet til å ta stilling til endringsavtalen | 25 |
| 4.1.7 | Ikke unntak for endringsavtaler til gunst for beneficianten..... | 26 |
| 4.1.8 | Garantisten må informeres av beneficiantens om hans avslag for å være ubundet av den utstedte endringsavtalen..... | 26 |
| 4.1.9 | Art. 11(c) – Beneficiantens avslag eller aksept av endringsavtalen | 26 |
| 4.1.10 | Hva innebærer et krav fremmet under garantien? | 26 |
| 4.1.11 | Et ugyldig påkrav under garantien gyldiggjøres ikke av en senere endringsavtale | 27 |
| 4.1.12 | Art. 11(d) – Formidlende parts plikter å formidle beneficiantens aksept eller avslag..... | 27 |
| 4.1.13 | Art. 11(e) – Ingen delvis aksept | 27 |
| 4.1.14 | Art. 11(f) – Beneficianten kan ikke bli bundet ved passivitet..... | 27 |
| 4.1.15 | Endringsavtalen kan ikke benyttes til overføring av beneficiantposisjonen | 28 |
| 4.1.16 | Endringsavtaler til motgarantier..... | 28 |
| 4.1.17 | Art. 13 – justering av garantibeløpet i en utstedt garanti | 28 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 4.2 | Art. 33 – Overføring av beneficiantposisjonen | 29 |
| 4.2.1 | Fire kumulative vilkår | 30 |
| 4.2.2 | Mulighet for forhåndssamtykke..... | 30 |
| 4.2.3 | Delvis overføring er ikke tillatt | 31 |
| 4.2.4 | Endringsavtaler til garantien..... | 31 |
| 4.2.5 | Nærmere om beneficiant cessus’ erklæring..... | 31 |
| 4.2.6 | Beneficiant cessus skal dekke alle gebyrer..... | 32 |
| 4.2.7 | Garantikravet | 32 |
| 5 | GARANTIKRAVET..... | 33 |
| 5.1 | Art. 14 – Presentasjon | 33 |
| 5.1.1 | Ingen ombytting av presentør | 33 |
| 5.1.2 | Presentasjon kun overfor garantisten..... | 34 |
| 5.1.3 | Presentasjon på vegne av beneficianten eller oppdragsgiveren..... | 34 |
| 5.1.4 | Art. 14(a) – Tid og sted for presentasjon..... | 35 |
| 5.1.5 | Art. 14(b) – Ufullstendig presentasjon | 36 |
| 5.1.6 | Art. 14(c) – Elektroniske presentasjoner | 36 |
| 5.1.7 | Art. 14(d) – Papirpresentasjon..... | 37 |
| 5.1.8 | Art. 14(e) – Papirpresentasjon der annet ikke er bestemt..... | 38 |
| 5.1.9 | Art. 14(f) – Presentasjonen må utpeke garantien den er knyttet til | 38 |
| 5.1.10 | Art. 14(g) – Språk | 39 |
| 5.2 | Art. 15 – Påkravet | 39 |
| 5.2.1 | Art. 15(a) – Påkrav under garantien | 40 |
| 5.2.2 | Art. 15(b) – Påkrav under motgarantien | 43 |
| 5.2.3 | Art. 15(c) – Kravet til støtteerklæring kan avtales bort..... | 44 |
| 5.3 | Art. 16 – Informasjon om påkravet..... | 46 |
| 5.3.1 | Ikke informasjonsplikt for påkrav før utbetaling eller avslag | 46 |
| 5.3.2 | Forholdet mellom fristen for utbetaling og fristen for å informere ”without delay” | 47 |
| 5.3.3 | Forholdet til art. 24 | 48 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 5.3.4 | Ingen sanksjoner for brudd på informasjonsplikten | 48 |
| 5.4 | Art. 17 – Delvis påkrav og flere påkrav | 48 |
| 5.4.1 | Art. 17(d) – Hvor et påkrav avslås, kan nytt påkrav fremdeles fremsettes ... | 49 |
| 5.4.2 | Art. 17(e) – Avslag av påkravet..... | 50 |
| 5.5 | Art. 18 – Hvert påkrav er adskilt | 51 |
| 5.5.1 | Art. 18(a) – Fremsettelse av ugyldig påkrav og tilbaketrekking av påkrav .. | 51 |
| 5.5.2 | Art. 18(b) – Utbetaling ved ugyldig påkrav | 51 |
| 6 | UNDERSØKELSE AV PRESENTASJONEN..... | 52 |
| 6.1 | Art. 2 – Definisjonen av en ”complying presentation” | 52 |
| 6.2 | Andre relevante bestemmelser | 53 |
| 6.3 | Art. 19 – Undersøkelsen | 53 |
| 6.3.1 | Art. 19(a) – Undersøkelse kun av presentasjonen | 53 |
| 6.3.2 | Art. 19(b) – Opplysninger skal forstås i lys av sammenhengen | 56 |
| 6.3.3 | Art. 19(c) | 58 |
| 6.3.4 | Art. 19(d) – Dokumenter som ikke er spesifisert i garantien skal ikke tas i betraktning..... | 59 |
| 6.3.5 | Art. 19(e) – Garantisten behøver ikke å kontrollere beneficiantens utregninger | 59 |
| 6.4 | Art. 20 - Fristen for undersøkelse og utbetaling | 59 |
| 6.4.1 | Forretningsdag på stedet for presentasjonen | 60 |
| 6.4.2 | Ingen utvidelse av femdagers-fristen..... | 60 |
| 6.4.3 | Derimot tre tilfeller der fristens utgangspunkt er utsatt..... | 60 |
| 6.4.4 | Fristen løper ikke ved force majeure | 61 |
| 6.5 | Art. 24 – Ugyldig påkrav | 61 |
| 6.5.1 | Art. 24(a) – Påkravet er ugyldig | 61 |
| 6.5.2 | Art. 24(b) – Slik også for motgarantier | 63 |
| 6.5.3 | Art. 24(c) – Ingen utvidelse av femdagers-fristen eller unntak fra art. 16 | 63 |
| 6.5.4 | Art. 24(d) – Underretning om avslag..... | 63 |
| 6.5.5 | Art. 24(e) – Fem dagers frist for å underrette om avslag..... | 64 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 6.5.6 | Art. 24(f) – Preklusjonsregelen | 64 |
| 7 | GARANTIENS OPPHØR OG REDUKSJON AV GARANTIBELØPET | 64 |
| 7.1 | Art. 25(a) – Reduksjon av garantibeløpet | 65 |
| 7.2 | Art. 25(b) – Opphør av garantien..... | 65 |
| 7.3 | Art. 25(c) – Ingen garantier uten opphørsbestemmelser..... | 65 |
| 8 | LITTERATURLISTE | 66 |

1 Innledning

1.1 URDG 758 – Presentasjon av tema

Temaet for oppgaven er Unified Rules for Demand Guarantees 758, et internasjonalt regelverk for demandgarantier utviklet av Det Internasjonale Handelskammeret (heretter ICC). Utgave 758 er etterfølgeren til ICCs første kodifisering av regler for demandgarantier, URDG 458, og ble utgitt 1. Juli 2010.

Garantier er en svært uensartet gruppe, og omfatter garantlyper av en rekke ulike varianter og med forskjellige formål. Denne oppgaven vil ta for seg demandgarantiene slik de er regulert av URDG 758, og nærmere bestemt demandgarantier stilt i forretningsforhold. URDG 758 er først og fremst rettet mot demandgarantier stilt av finansinstitusjoner, men det er åpent for andre aktører å benytte seg av regelverket innen rammene av angjeldende rett. En viktig begrensning i norsk rett er finansavtaleloven¹ §65 (4), som uttrykkelig forbyr bruk av demandgarantier i garantiavtaler hvor forbrukere er kausjonist. I andre avtaler er bestemmelsen deklarasjonsrisk, jf. §2 (2).

Garantiens funksjon er typisk å tjene som sikkerhet for oppfyllelse av forpliktelser i kontraktsforhold, slik at en tredjemann (garantisten) garanterer for en parts oppfyllelse av hans forpliktelse overfor medkontrahenten (beneficianten) i kontrakten (det underliggende avtaleforholdet). Tradisjonelt har det vært vanlig å operere med hovedsakelig to typer garantier; simpel garanti og selvskyldnergaranti. Ved den simple garantien er garantiforpliktelsen subsidiær til den sikrede partens forpliktelse, slik at beneficianten bare kan trekke på garantien etter å ha forsøkt å inndrive kravet hos medkontrahenten. Selvskyldnergarantien kan beneficianten derimot trekke på allerede ved sin medkontrahents mislighold. Begge garantlyper har imidlertid det til felles at de er direkte avledet av (/aksessoriske til) den sikrede partens forpliktelse i hovedforholdet, slik at garantikravet

¹ Lov nr. 46/1999 om finansavtaler og finansoppdrag

ikke vil rekke lenger enn forpliktelsen. Utgangspunktet i slike garantier vil derfor være at garantisten ved påkrav kan fremme de innsigelser som den sikrede part har mot beneficianten i hovedforholdet². I internasjonal forretningspraksis har det vokst frem en tredje garantitype, den såkalte demandgarantien. Den vesentligste forskjellen mellom de aksessoriske garantitypene og demandgarantien, er at demandgarantien nettopp ikke er aksessorisk til (og dermed uavhengig av) den underliggende avtalen. Innholdet av garantistens forpliktelse, slik som garantibeløpet og betingelser for utbetaling under garantien, følger derfor i stedet utelukkende av garantiavtalen. Uavhengigheten innebærer dermed også at garantisten ikke vil ha noen rett til å fremme innsigelser fra det underliggende avtaleforholdet mot beneficiantens påkrav. For beneficianten betyr garantiens uavhengighet at et påkrav under garantien ikke vil være betinget av medkontrahentens mislighold i den underliggende kontrakten, slik at hele garantibeløpet normalt vil være oppgjørsmodent ved påkrav allerede fra garantiens utstedelse.

Både den simple garantien og selvskyldnergarantien har lang tradisjon i norsk rett, og er underlagt vesentlig behandling i både rettspraksis og juridisk teori. Situasjonen kan nærmest sies å være motsatt for demandgarantien, men der slike garantier har vært oppe til behandling i domstolene har det omtvistede i sakene ofte vært hvorvidt den aktuelle garantien er aksessorisk eller uavhengig. Tolkning av garantier er ikke et tema for denne oppgaven, men det skal kort nevnes at utgangspunktet for tolkningen vil være at garantiansvaret anses for å samsvare med hovedforpliktelsen (aksessorisk garanti). Hvis garantiansvaret skal være uavhengig av hovedfordringen må dette særskilt avtales³. Helt generelt kan det derfor sies at garantiforpliktelsens uavhengighet klart må komme til uttrykk i garantiavtalen, og vilkår i garantien som knytter garantistens forpliktelse til den sikrede ytelsen bør derfor unngås. Dette har spesielt betydning ved utformingen av garantien og måten den knyttes til det underliggende avtaleforholdet.

² Smith (1997) s. 59

³ Vinje (1999) s. 175

Demandgarantiens funksjon kontra de aksessoriske garantier, er at den flytter likviditetsbelastningen fra beneficiaryn til garantisten. Der beneficiaryns garantikrav til en aksessorisk garanti vil være betinget av et reelt og oppstått mislighold i den sikrede avtalen, kan beneficiaryn til en demandgaranti normalt trekke på garantien uavhengig av tilstanden i den underliggende avtalen. At det stilles en demandgaranti overfor en av partene i en kontrakt, innebærer dermed at partene avtaler å "pay now, argue later". Bertrams uttaler med henvisning til en tysk høyesterettsavgjørelse:

"the German Supreme Court described the purpose of a first demand guarantee as putting the beneficiary 'in the money' pending the final resolution of the dispute"⁴

Den andre parten vil dermed også sitte med søksmålsbyrden dersom han mener at utbetalingen under garantien til beneficiaryn er større enn det han har krav på i den underliggende avtalen.

1.2 Historikk

Anvendelsen av demandgarantier har sitt utgangspunkt i internasjonal handel i de økonomiske nedgangstider i vestlige land tidlig på 1970-tallet. På samme tid opplevde oljenasjonene i Midtøsten sterk økonomisk vekst, og disse landene tiltrakk seg et stort antall vestlige entreprenører og eksportører. Størrelsene på oppdragene vokste i takt med den voldsomme likviditetsveksten i de oljeeksporterende landene, og mislighold fra uredelige eksportører som hadde mottatt forskuddsbetaling ble etter hvert et stort problem. Kjøperne opplevde at rettsystemene i de aktuelle landene gjorde det tilnærmet umulig å få tilbakeført den uberettigede berikelsen som eksportørene satt med. Denne erfaringen medførte at parter til grensekryssende avtaler begynte å kreve ytterligere sikkerhetsstillelse fra sine medkontrahenter. Den vanligste sikkerheten ble etter hvert bankgarantier som

⁴ Bertrams (2004) s. 73.

forfalt til betaling allerede ved enkelt påkrav. Denne praksisen markerte gjennombruddet for anvendelsen av demandgarantier i internasjonal handel⁵.

Fordi demandgarantien på denne tiden var et nytt instrument, måtte garantiavtalene forfattes fra grunnen av og vilkårene individuelt fremforhandles. Dette førte til liten grad av uniformitet og stor rettskulturell variasjon i formuleringen av demandgarantiavtalene, og de var derfor hyppig gjenstand for tvister. Fraværet av internasjonalt anerkjente standardvilkår for demandgarantier beredte grunnen for ICCs arbeid med et internasjonalt regelverk for demandgarantier, og dermed tilrettelegging for en ensartet praksis på tvers av jurisdiksjoner. Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG), publisert i 1978, fikk av forskjellige årsaker en kjølig mottakelse i markedet, og basert på erfaringene med URCG publiserte ICC URDG 458 i 1991. Det ble etter hvert klart at heller ikke URDG 458 klarte å oppnå markedets forventninger, og i 2007 iverksatte ICC revideringsprosessen som ledet til publiseringen av URDG 758 i 2010.⁶

1.3 Terminologi og oversettelser

Begrepsapparatet utviklet i den tradisjonelle garantiretten for de aksessoriske garantier passer ikke like godt når garantistillelsen er rettslig uavhengig fra det som tradisjonelt omtales som hovedforholdet. Begrunnet i et ønske om høyest mulig grad av presisjon, har jeg derfor valgt å anlegge en begrepsbruk som på enkelte punkter avviker fra den tradisjonelle terminologien i garantiretten. Ettersom ICC ikke har publisert en norsk utgave av URDG 758, har jeg valgt norske ord som reflekterer sine engelske motstykker.

Demandgarantier går under en rekke navn i internasjonal handel, hvor de vanligste er ”on demand guarantee”, ”first demand guarantee” eller bare ”demand guarantee”⁷. På norsk går

⁵ Pierce (1993) s. 2-4

⁶ Affaki (2011) s. 17 f.f.

⁷ Bertrams (2004) s. 227-228

demandgarantien av og til under begrepet påkravsgaranti. Begrepet ”påkravsgaranti” er imidlertid ikke helt heldig, da også en selvskyldnergaranti vil kunne forfalle ved påkrav. I lys av denne garantitypens utpregede internasjonale karakter har jeg valgt å bruke samme betegnelse som URDG 758, og den vil i denne oppgaven bli betegnet som demandgaranti.

Den kontrakt hvor en parts forpliktelse er sikret ved garanti er i garantiretten tradisjonelt omtalt som hovedforholdet. Denne ordbruken har nok sammenheng med at garantisten i simple garantier og selvskyldnergarantier stiller seg solidarisk ansvarlig for oppfyllelse av en kontraktsprestasjon overfor beneficianten, og garantistens forpliktelse vil dermed følge direkte av det som i den sammenhengen passende betegnes som hovedforholdet. Når demandgarantier er uavhengige av hovedforholdet vil garantistens forpliktelse ikke lenger følge av verdien på misligholdskravet for den sikrede kontraktsytelsen, og det virker da mer naturlig heller å omtale avtalen garantien skal sikre som det underliggende avtaleforhold.

Den part hvis ytelse er garantert for, kalles i garantiretten for hoveddebitor. Dette har nok på samme måte som for hovedforholdet, sammenheng med garantistens solidariske forpliktelse ved aksessoriske garantier. I denne oppgaven vil begrepet ”oppdragsgiver” til garantien i stedet bli benyttet. Dette er et begrep som funksjonelt ligger nært opp til URDGs ”applicant”.

Den erklæring som beneficianten må avgi ved fremsettelse av et påkrav under garantien etter art. 15 a og b, er kalt misligholdserklæring.

Av og til omtaler de offisielle kommentarene til URDG 758 en praksis som ”best practice”. Begrepet kan defineres som ”fremgangsmåter som i praksis har vist seg å fungere bedre enn andre, og som dermed blir eksempler til etterfølgelse”. Det mest nærliggende

motstykket på norsk er antageligvis ”mønsterpraksis”⁸, og der dette er brukt i oppgaven er det altså ”best practice” det siktes til.

1.4 Anvendelse av URDG 758, regelverkets omfang og forholdet til bakgrunnsretten

URDG 758 er et sett kontraktsbestemmelser som partene kan vedta å gjøre til en del av garantiavtalen ved uttrykkelig henvisning. Reglene i URDG får anvendelse på avtalen i kraft av partenes avtale etter den alminnelige avtalefrihet, med de begrensninger som følger av ufravikelig lovgivning i angjeldende jurisdiksjon.

Det er flere forhold rundt en garantistillelse under URDG 758 som ikke er regulert av reglene, og som dermed er overlatt til angjelde rett. Av de mest fremtredende er for det første regressomgangen, både adgangen til regress samt rettsvirkningene av en eventuell regressavtale. URDG 758 inneholder heller ingen regler for representasjon, slik at spørsmål rundt fullmaktsforhold og selskapsrepresentasjon må løses av angjeldende rett. Det siste som skal nevnes er tilfellene der beneficianten fremmer et klart uberettiget påkrav under garantien. Hvor langt garantistens rett til å nekte utbetaling ved uberettigede krav rekker, vil derfor følge av angjeldende rett.

1.5 Demandgarantier og standby letters of credit

Standby letters of credit oppsto i det nittende århundre i USA, som følge av en ny lov som forbød banker å stille garantier⁹. Letters of credit tjener som en primær oppgjørsmetode, slik at betalingsplikten utløses av spesifiserte dokumenter som indikerer korrekt oppfyllelse i den underliggende avtalen. Alminnelige letters of credit ble modifisert, slik at det var misligholde i den underliggende avtalen som skulle utløse betalingsplikten. Et standby

⁸ Statsspråk nr. 2 2009

⁹ Affaki (2011) s. 10

letter of credit er således funksjonelt identisk med en demandgaranti, men skiller seg likevel fra demandgarantien ved at den er strukturert som et letter of credit. Dette innebærer kort og kanskje noe upresist at beneficianten vil ha sikkerhet for utbetaling både hos utstedende bank og mottagende bank. Beneficianten til en demandgaranti vil derimot kun kunne kreve utbetaling fra den som stiller garantien til ham.

ICC har utviklet et regelverk for letters of credit og standby letters of credit, UCP 600. Ettersom demandgarantier og standby letters of credit i mange sammenhenger er identiske, vil disse reglene av og til trekkes inn for å kaste lys over reglene i URDG 758.

1.6 Motgarantier

Demandgarantier blir ofte anvendt i grensekryssende transaksjoner. Beneficianten krever av og til at det utstedes en garanti i det landet han holder til, slik at en eventuell innkreving kan gjøres smidigere. Dette løses ved at oppdragsgivers bank, i stedet for å utstede en garanti direkte til beneficianten, utsteder en motgaranti ("counter guarantee") til beneficiantens bank, som så utsteder en garanti til beneficianten. Avtalekomplekset som da oppstår vil bli omtalt som indirekte garantier, i motsetning til garantistillelser med én garantist som dermed blir direkte garantier.

1.7 Internasjonal standard demandgaranti-praksis

Intet regelverk vil kunne uttømmelig regulere en kontrakt. I situasjoner der løsningen på et spørsmål ikke følger av garantien eller URDG, henviser URDG 758 til standard internasjonal demandgaranti-praksis.¹⁰ Denne henvisningen er ny i URDG 758, og skal gi partene og domstolene et verktøy for utfylling av vilkårene i garantien og reglene i URDG. Ved å vise til internasjonal handelspraksis håper konsipistene å oppnå for demandgarantier det samme som er oppnådd for remburser under UCP 600¹¹. Dokumenteringen av internasjonal praksis for remburser har redusert antallet tvister og gitt et betydelig bidrag til internasjonal harmonisering av regelverket. Gjennom internasjonal harmonisering unngår man også at det dannes lokale sedvaner, noe som for demandgarantier ville gå på tvers av hensikten med URDG; å skape et internasjonalt regelverk som praktiseres likt på tvers av landegrenser. Henvisning til internasjonal demandgaranti-praksis er derfor ment å skulle innebære en sterk oppfordring til å hensynta demandgarantiens internasjonale karakter og den praksis som er dannet når en demandgaranti under URDG 758 skal tolkes.

1.8 Oppgavens formål og omfang

Formålet med oppgaven er å gi en praktisk fremstilling av reglene for demandgarantier under URDG 758. En fullstendig redegjørelse for hele regelverket vil det ikke være plass til i en oppgave som denne. Jeg vil derfor ta for meg et utvalg av bestemmelser som er relevante for livsløpet til en typisk demandgaranti – fra utforming og utstedelse av garantien, til endringsavtaler, fremgangsmåten for fremsettelse og undersøkelse av krav, samt en summarisk behandling av garantiens opphør. Den nærmere prosedyren for utbetaling, fremgangsmåten for såkalte ”extend or pay”-krav og force majeure-situasjonen

¹⁰ Se for eksempel definisjonen av ”complying presentation” i art. 2.

¹¹ International Standard Banking Practice for the Examination of Documentary Credits, 2007 revision for UCP 600 (ICC Pub. No. 681)

er av plasshensyn ikke behandlet. Enkelte av de relevante artiklene er relativt selvforklarende, og disse vil kun bli behandlet helt kort.

Fordi demandgarantier under URDG 758 er nær uttømmende regulert, har jeg valgt å ikke trekke inn norsk bakgrunnsrett og heller konsentrere oppgaven rundt de utvalgte bestemmelsene.

2 Utforming av garantien

2.1 Garantien uavhengighet

Spørsmålet om garantien kan beholde sin uavhengighet når den viser til det underliggende avtaleforholdet har vært gjenstand for et betydelig antall rettsvister i en rekke land. Det kan hevdes at en garanti kun kan være uavhengig der den er fullstendig isolert, rettslig og faktisk, fra det underliggende avtaleforholdet. Mot dette standpunktet kan det anføres spesielt ett tungtveiende praktisk hensyn; faren for sammenblanding av de underliggende avtaleforhold som er tilsiktet sikret og de som ikke er det.

Forfatterne av kommentarene til URDG 758 gir følgende eksempel¹²: Sett at en eksportør inngår to separate salgskontrakter med en importør; kontrakt A og kontrakt B. Eksportørens bank har så stilt en demandgaranti til fordel for importøren for eksportørens oppfyllelse i kontrakt A, men ikke i kontrakt B. Hvis eksportøren misligholder i kontrakt B, kan importøren lett bli fristet til å fremme krav under garantien som dekker kontrakt A. Ettersom garantisten ikke er part i kontrakt A og B, vil han i slike tilfeller ikke ha forutsetninger for å vurdere hvorvidt det garantikravet som fremmes er rettmessig.

Dersom garantien inneholder en henvisning til det underliggende avtaleforholdet, vil importøren i eksempelet over være påkrevet å erklære at kravet fremmes på bakgrunn av

¹² Affaki (2011) s. 66

påstått mislighold i kontrakt A, jf. art. 15a.¹³ Det er visstnok erfart at beneficianter er mer tilbakeholdne med å fremme et urettmessig krav under garantien når en slik erklæring må angi hvilket avtaleforhold medkontrahenten angivelig misligholder.¹⁴

2.1.1 Artikkel 5(a) – Garantens uavhengige karakter og henvisning til det underliggende avtaleforholdet.

I sontringen mellom en demandgaranti og en aksessorisk garanti, vil måten det er henvist til det underliggende avtaleforholdet på være av stor betydning.

Garantens uavhengighet er uttrykt i art. 5, som også eksplisitt fastslår at en henvisning til det underliggende avtaleforholdet i identifikasjonsøyemed ikke skal endre garantens uavhengige natur. Dersom garantien referer til det underliggende avtaleforholdet ved for eksempel å slå fast at garantisten inntar for ”betaling av ethvert utestående” under en bestemt avtale, kan resultatet imidlertid raskt bli det motsatte. I dette tilfellet blir garantien forent med det underliggende avtaleforholdet, og det kan argumenteres for at den er en aksessorisk garanti.

2.1.1.1 Garantien er ikke aksessorisk til oppdragsavtalen

På samme måte som garantiavtalen ikke skal være aksessorisk til det underliggende avtaleforholdet, skal den heller ikke være aksessorisk til oppdragsavtalen. En konsekvens av dette er at der garantivilkårene ikke samsvarer med oppdragsavtalen, eller oppdragsgiveren misligholder sin betalingsforpliktelse overfor garantisten eller er insolvent, vil et gyldig fremsatt krav under garantien uansett gi beneficianten rett til utbetaling.

¹³ Se pkt. 5.2

¹⁴ Affaki (2011) s. 297

2.1.1.2 Garantien er helt adskilt fra forholdet mellom oppdragsgiver og garantist

Garantisten kan heller ikke fremme innsigelser mot beneficianten som stammer fra andre avtaleforhold enn mellom garantisten og beneficianten. Garantisten kan for eksempel klart nok ikke motregne overfor beneficianten med krav mot oppdragsgiveren. Dette påvirker selvsagt ikke motregningsadgangen mellom garantisten og beneficianten der dette følger av angjeldende rett.

2.1.2 Art. 5(b) – Motgarantiens uavhengighet

På samme måte som for en direkte garanti, vil en motgaranti i en indirekte garantistillelse ikke være aksessorisk til garantien, det underliggende avtaleforholdet (mellom oppdragsgiveren og garantisten), oppdragsavtalen til motgarantien samt eventuelle andre motgarantier som tilhører den samme garantikjeden. Et gyldig påkrav under motgarantien vil derfor gi garantisten rett til betaling, selv om vilkårene avviker fra oppdragsavtalen til motgarantien. Innsigelser fra andre avtaleforhold enn det mellom motgarantisten og garantisten (eventuelt andre motgarantier i samme garantikjede) kan heller ikke fremmes. På samme måte vil utløp av garantitiden i garantien ikke føre til utløp for motgarantien; de er uavhengige av hverandre og opphør vil derfor følge av det som er bestemt i den enkelte garanti.

Motgarantien er også uavhengig av garantien når det kommer til lovvalgs-og vernetingsbestemmelser mellom partene. Det følger av artikkel 34 at gjeldende rett for en garanti er den som gjelder på stedet der utstederen (eller filialen) holder til, og på samme måte er det for motgarantien. Slik er det også for verneting etter artikkel 35 . At lovvalg og verneting for garantien og motgarantien ofte er forskjellige, er helt i tråd med uavhengighetsprinsippet. Dette understrekes også av bestemmelsen i art. 15(b) som gir at en motgarantist må utbetale etter et gyldig påkrav under motgarantien selv der garantisten ikke har utbetalt til beneficianten. Også praktiske hensyn taler for en slik uavhengighet for motgarantier; det er jo nettopp ofte for å oppnå en garantistillelse i beneficiantens og oppdragsgiverens respektive land at slike motgarantier benyttes.

2.2 Art. 6 – Hovedregelen om dokumentbaserte betingelser

Bestemmelsen gir hovedregelen om dokumentbaserte betingelser, og slår fast at garantisten i hovedsak kun skal forholde seg til dokumenter tilknyttet kravet under garantien. Garantistens eneste vurdering blir etter dette om kravet er gyldig under garantien, og altså ikke hvorvidt kravet er rettmessig i relasjon til det underliggende avtaleforholdet.

Formuleringen er en ren kopi av UCP 600 art. 5¹⁵, og er derfor godt innarbeidet i internasjonal praksis for letters of credit. Letters of credit er av natur også helt uavhengige av et eventuelt underliggende avtaleforhold, og det er derfor grunn til å anta at den langvarige praksisen vil ha betydning for forståelsen og understrekingen av uavhengigheten til demandgarantier under URDG.

2.3 Art. 7 – Garantien bør ikke inneholde betingelser som ikke er dokumentbaserte

Etter artikkel 7 bør garantien ikke inneholde betingelser som ikke er dokumentbaserte ("non-documentary conditions"). Begrepet må her forstås i lys av artikkel 6, og innebærer en frarådning mot å innta betingelser i garantien som ikke samtidig angir et dokument som skal indikere at betingelsen har inntrådt. Videre, der en garanti likevel inneholder en betingelse som ikke er knyttet til et slikt dokument, skal garantisten som hovedregel se bort fra den.

I et nøtteskall innebærer regelen i hovedsak at det skal ses bort fra enhver betingelse i garantien som ikke kan fastlegges ved undersøkelse av inngitte og på forhånd spesifiserte dokumenter eller som garantisten ikke selv kan fastslå ved nærmere angitte undersøkelser hos seg selv.

¹⁵ Som igjen viderefører UCP 400 art. 4, slik at formuleringen har vært i utstrakt bruk i nær tretti år.

Regelen gir en praktisk løsning på problemet som oppstår når garantisten skal vurdere gyldigheten av et krav under garantien og han ikke kan se til prestasjonene i det underliggende avtaleforholdet¹⁶. På denne måten kan han som hovedregel nøye seg med å vurdere de fremlagte dokumentene opp mot garantien. Regelen er hovedsakelig begrunnet i to hensyn¹⁷. For det første har en garantist normalt ikke en organisasjon som er tilpasset til å kunne foreta en inngående undersøkelse av realitetene og hvorvidt betingelsen faktisk har inntrådt eller ikke. Det er derfor ønskelig å unngå at garantistillelsen stiller slike krav til ham. For det andre vil slike betingelser normalt være knyttet til de faktiske forholdene i det underliggende avtaleforholdet, for eksempel der garantikravet kan fremmes ved mangelfull levering i en kjøpsavtale, der garantibeløpet reduseres i takt med delleveranser eller der garantien opphører som følge av entreprenørens kontraktsmessige utførelse i en entrepriseavtale. Slike utbetalingsbetingelser vil på denne måten knytte garantistillelsen til den underliggende avtalen og føre til klarhet om dens uavhengighet, og dermed også kunne gi grunnlag for argumenter i retning av aksessoritet. Når garantisten slik er forhindret fra å ta prestasjonene i det underliggende avtaleforholdet i betraktning, blir det mindre nærliggende å vurdere garantien som aksessorisk.

2.3.1 Nærmere om ikke dokumentbaserte betingelser

Hva som er ikke dokumentbaserte betingelser er uttømmende angitt i bestemmelsen, slik at betingelser som ikke oppfyller de nærmere angitte kravene i bestemmelsen skal regnes som ikke dokumentbaserte. Under art. 7 første punktum, er en betingelse for det første ikke dokumentbasert om oppfyllelse ikke indikeres av et dokument som er spesifikt angitt i garantien. Selv om det ikke er uttrykkelig sagt, forutsetter bestemmelsen at dette dokumentet også skal fremlegges for garantisten. En betingelse om at dokumentet skal

¹⁶ Jf. art. 6

¹⁷ Affaki (2011) s. 247

fremlegges for en annen part, ville nødvendiggjøre en ekstern undersøkelse fra garantistens side, og nettopp være en betingelse som ikke er dokumentbasert.

Under utarbeidelsen av URDG 758 vurderte forfatterne å la fremleggelse av ethvert dokument som indikerte at betingelsen var oppfylt, være tilstrekkelig. Et eksempel kan her illustrere problemstillingen: Sett at en garanti skal opphøre når entreprisen er ferdigstilt. Med en regel som nevnt, ville entreprenøren (oppdragsgiver) kunne bringe garantien til opphør ved å erklære at entreprisen er ferdigstilt. På samme måte vil det være der garantibeløpet skal reduseres ved inngivelse av et dokument som indikerer delvis oppfyllelse i det underliggende avtaleforholdet. Dersom ethvert dokument skulle godtas, ville en selger (oppdragsgiver) kunne redusere garantibeløpet ved å erklære at en dellevering er sendt. Dette ble ansett å være for åpent og lite spesifikt, og regelen i art. 7 er nå at en betingelse spesifikt må angi dokumentet som skal indikere hvorvidt den er oppfylt.

Etter annet punktum er betingelsen heller ikke dokumentbasert dersom oppfyllelse ikke kan fastslås gjennom undersøkelser innen garantistens egen organisasjon ("Guarantors own records") eller en indeks angitt i garantien. "Guarantors own records" skal tolkes innskrenkende, og viser kun til krediteringer og debeteringer som er foretatt i konti hos garantisten og som kan knyttes til den aktuelle garantistillelsen. En betingelse i en anbudsgaranti om at garantien skal opphøre når samme garantist har stilt en prestasjonsgaranti, vil etter dette dermed ikke være en dokumentbasert betingelse. Videre kan en betingelse knyttes til en indeks spesifisert i garantien, for eksempel slik at garantibeløpet skal justeres i takt med utviklingen i en salgsindeks eller råvareindeks.

2.3.2 Ett unntak

Regelen om at ikke dokumentbaserte betingelser ikke skal tas i betraktning har et unntak i siste komma av artikkel 7. Regelen innebærer at der en garanti inneholder en ikke dokumentbasert betingelse, og beneficianten frivillig fremmer et krav som adresserer betingelsen, må kravet også samsvare med den. Unntaket er begrunnet i at det ikke kan ventes av en garantist at han skal anerkjenne et krav som gyldig når det ikke samsvarer med garantien han selv har uestedt. Dette kan illustreres med følgende eksempel: en

betalingsgaranti angir å garantere for en eksportørs leveranse av et parti røde skjorter, og en av betingelsene for utbetaling er fremleggelse av en erklæring fra en lasteinspektør som indikerer at eksportøren er i mislighold. Referansen til røde skjorter vil være en ikke dokumentbasert betingelse, og garantisten kan da ikke kreve at det må fremgå av beneficentens krav at det relaterer seg til røde skjorter. Imidlertid, dersom beneficentent likevel legger frem en erklæring fra den nevnte tredjeparten og den refererer til grønne skjorter, er kravet ugyldig og må avvises.

Det skal presiseres at unntaket kun gjelder dokumenter som er angitt i garantien; er et fremlagt dokument ikke spesifisert i garantien skal det ikke tas i betraktning – uavhengig av om opplysningene der samsvarer med garantien eller ikke. Dersom beneficentent i eksempelet over, sammen med en erklæring fra en tredjepart som ikke referer til fargen på skjortene, også legger frem en faktura som viser et salg av grønne skjorter, vil garantisten ikke kunne underkjenne kravet av denne grunn; fakturaen er ikke angitt i garantien og skal følgelig heller ikke tas i betraktning. Dette følger også uttrykkelig av artikkel 19(d).

2.4 Art. 8 – Hva garantien bør inneholde

Artikkel 8 oppfordrer til en klar og presis språkbruk ved utforming av garantien. Oppfordringen kan ved første øyekast virke triviell, men er konkret begrunnet i enkelte lands domstolars tendens til å omkarakterisere garantien fra en demandgaranti til en aksessorisk garanti i tilfeller der garantiteksten er uklar eller flertydig¹⁸. I tillegg til å destabilisere det internasjonale garantimarkedet, har slike tilfeller også ført til en utvikling i retning av stadig høyere detaljgrad i garantitekster, og dermed skapt avstand mellom partene basert på kunnskapsnivået og kompetansen til deres juridiske rådgivere¹⁹

¹⁸ Våren 2012 fikk vi et eksempel på en slik avgjørelse i norsk rett, da Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 1267 fant at en demandgaranti utarbeidet av et anerkjent norsk advokatfirma måtte anses å være en selvskyldnergaranti

¹⁹ Affaki (2011) s. 69

De enkelte punktene er kun en anbefaling (jf. ”recommended”) og dermed ikke en forutsetning for garantiens gyldighet under URDG.

Bokstavene g-k er helt valgfrie, ettersom URDG på disse punkter inneholder regler som vil brukes i fravær av særskilt avtale mellom partene²⁰

I relasjon til pkt. 2.2 nedenfor skal det spesielt bemerkes at en unnlatelse av å spesifisere garantibeløpet, jf. art. 8(f), kan være et tolkningsmoment i retning av at garantien er aksessorisk. De to tolkningsalternativene vil i en slik situasjon normalt være at garantien enten er helt ubegrenset eller at den er naturlig begrenset ved å være knyttet til det underliggende avtaleforholdet, der det sistnevnte alternativet nok vil bli vurdert mer plausibelt i de fleste tilfeller.

3 Utstedelse av garantien

Reguleringen av tidspunktet for når garantien er effektiv er av stor betydning. Selve utstedelsen av garantien eller motgarantien medfører at garantisten er ugjenkallelig forpliktet etter garantien, og med mindre det er vedtatt en utsettelse eller betingelse i garantien, er også utstedelsen tidspunktet for når beneficianten tidligst kan fremme krav under den.

3.1.1 Art. 4(a) – Kontrolltesen

Under URDG er en garanti effektiv når den har forlatt garantistens kontroll, uavhengig av når den mottas av beneficianten. Regelen hevdes å reflektere etablert praksis, ettersom tidspunktet for utstedelsen visstnok også vanligvis er tidspunktet for innfordring av gebyrer og premie fra instruerende part (”instructing party”). Der garantisten er en bank, tas også garantien inn i vurderingen av egenkapitalssituasjonen fra tidspunktet fra utstedelsen.²¹

²⁰ Se hhv. artiklene 25b, 15, 14c, 14g og 32

²¹ Affaki (2011) s. 71 f.f.

3.1.1.1 Papirbasert garanti

En papirbasert garanti forlater garantistens kontroll når den er overgitt av garantisten (eller hans representant) og mottatt av beneficianten (eller hans representant), eller når den er overgitt et uavhengig befordringsselskap og garantisten ikke har mulighet til å kalle den tilbake.²² Garantien forblir under garantistens kontroll så lenge den besittes av hans representant, også i de tilfeller der overlevering er det eneste som gjenstår for at garantien skal bli effektiv. På samme vis er garantien fremdeles under garantistens kontroll når den er avgitt for oppbevaring hos en tredjepart og ikke skal overgis beneficianten før visse betingelser er inntrådt.

Formidlende part ("advising party") anses som en representant for garantisten, slik at garantien forblir under garantistens kontroll selv om den er overgitt formidlende part for videresending til beneficianten. Først når garantien er sendt til beneficianten, eller formidlende part har pådratt seg en forpliktelse til å sende den til beneficianten, er garantien ikke lenger under garantistens kontroll. Kontrolltesen er således en rettslig vurdering av kontroll, og ikke en faktisk vurdering av om garantisten ikke lenger besitter selve garantien.

3.1.1.2 Elektronisk garanti

Kontrolltesen har anvendelse på elektroniske garantier på samme vilkår som ved papirbaserte garantier.

Dersom en signert garanti forsvinner på grunn av en feil i garantistens datasystem før den er sendt, skal den ikke anses avgitt selv om garantisten ikke er i stand til å hente den frem igjen.

På samme måte som med papirbaserte garantier, anses en elektronisk garanti å være under garantistens kontroll når den er sendt til en formidlende part, slik at den kan trekkes tilbake

²² Affaki (2011) s. 234

helt til formidlende part har videresendt eller pådratt seg en forpliktelse om å videresende garantien til beneficiaryen.

3.1.1.3 Motstridende datoer

Der det ikke er samsvar mellom utstedelsesdatoen påført garantien og datoen den forlater garantistens kontroll, skal sistnevnte tidspunkt legges til grunn.

3.1.1.4 Endringsavtaler

Det følger av art. 3(b) at en garanti under URDG også omfatter endringsavtaler til garantien. Dette medfører at kontrolltesen skal anvendes på endringsavtaler på samme måte som i de foregående punkter. Det skal imidlertid bemerkes at slike endringsavtaler, selv om garantisten er bundet fra avgivelsen, aldri binder beneficiaryen overfor garantisten uten forutgående avtale eller etterfølgende aksept. Dette følger direkte av artikkel 11(b), som er omtalt nedenfor i pkt. 3.2.

3.1.1.5 Motgarantier

Det følger av artikkel 3(b) at en garanti under URDG også omfatter motgarantier og endringsavtaler til slike. Det foregående gjelder derfor også for motgarantier og endringsavtaler til motgarantier.

3.1.2 Art. 4(b) – Garantierklæringens ugjenkallelighet

Det følger av art. 4(b) at en garanti (og endringsavtaler, motgarantier og endringsavtaler til motgarantier, jf. art. 3(b)) under URDG er ugjenkallelig dersom annet ikke er bestemt. Garantien ugjenkallelighet ligger i selve kjernen av en demandgaranti. En avtale mellom partene om å la garantien være gjenkallelig, vil innebære at garantisten kan avlyse eller endre garantien når som helst, uten å måtte innhente beneficiaryens samtykke. En slik

ensidig rett hos garantisten vil medføre en svært ubalansert risikofordeling som også går på tvers av etablert internasjonal praksis.²³

3.1.3 Beneficianten plikter ikke å akseptere garantien

Reglene i URDG regulerer ikke når beneficianten er bundet av garantien. Dette har sin forklaring i relasjonen til det underliggende avtaleforholdet. Vilklårene i garantien er nær alltid fremforhandlet mellom partene til det underliggende avtaleforholdet, slik at partene er forpliktet til å henholdsvis fremskaffe og akseptere garantien. Beneficianten har dermed ingen plikter overfor garantisten, og har således i alle tilfeller rett til å avvise garantien (eller endringsavtalen) overfor garantisten. Men dersom garantien er i overensstemmelse med det som er bestemt i det underliggende avtaleforholdet, vil beneficianten være i mislighold overfor sin medkontrahent (garantistens oppdragsgiver). Kun slik er beneficianten ”bundet” av garantien.

Beneficianten kan klart nok, med henvisning til det underliggende avtaleforholdet, informere garantisen om at han avviser garantien eller anmoder at den stilles med andre vilkår. I begge tilfeller er garantisten da ikke lenger bundet av den avgitte garantien.

3.1.4 Art. 4(c) – Når kan et krav under garantien fremmes?

Et krav under garantien kan fremmes fra den er utstedt²⁴, dersom partene ikke har bestemt noe annet. Muligheten til å knytte betingelser til adgangen til å fremme krav under garantien, griper ikke inn i dens ugjenkallelighet.

Garantier under URDG kan derfor ugjenkallelig utstedes uten at beneficianten kan trekke på garantien før en viss dato eller før visse hendelser har inntrådt.

²³ Affaki (2011) s. 236

²⁴ Se pkt. 3.1.1 ovenfor

I teorien kan en beneficiant fremsette krav fra det øyeblikket den er utstedt, men etter art. 15 må et krav også inneholde en misligholdserklæring. Selv om garantisten ikke kontrollerer kravet opp mot det underliggende forholdet, vil et krav fremsatt umiddelbart eller kort tid etter utstedelse være grunn for garantisten til å sette spørsmålstegn ved kravets rettmessighet.

3.1.5 Art. 10 – Formidling av garanti

Garantier blir ikke alltid utstedt direkte fra garantist til beneficiant. I noen tilfeller er det ønskelig for partene å la garantien gå via en formidlende part. Dette er ofte tilfellet der garantisten er ukjent for beneficianten, eller der beneficianten aksepterer garantien uten å kreve at det stilles en kostbar kontragaranti, men likevel insisterer på at en lokal bank han har et kundeforhold til inntår for garantiens autensitet. For garantister som ikke er banker, kan en slik formidling også gjøre garantien mer attraktiv for medkontrahenten ved at garantien får et "bankstempel" og i tillegg vil kunne bli effektivert gjennom bankens betalingssystem.

En slik formidling kan også skje gjennom to formidlende parter. I tilfeller der beneficianten ønsker en formidling via en gitt bank, og dette er en bank garantisten ikke har et kundeforhold til, vil garantien måtte formidles via en bank garantisten har et kundeforhold til og som samtidig har et slikt forhold til beneficiantens bank. Beneficiantens bank blir da *den andre formidlende part*.

Den formidlende part er en representant for garantisten. Selv om slike formidlingskrav vanligvis fremgår av instruksjonene fra oppdragsgiver, har formidlende part ingen tilknytning til oppdragsgiveren. Denne karakteriseringen fører til at garantien ikke anses utstedt før formidlende part har overgitt garantien til beneficianten, jf. art. 4(a).²⁵

²⁵ Se pkt. 2.2.1 ovenfor

3.1.6 Art. 28 – Ansvarsfrihet for feil oppstått i eller ved oversendelsen

Etter artikkel 28 skal garantisten ikke kunne holdes erstatningsansvarlig for konsekvensene av tap, forsinkelse eller feil i dokumentet oppstått ved sending, og heller ikke for feil i oversettelsen eller tolkningen av tekniske begreper.

3.1.7 Art. 28(a) – Forsinkelse, tap eller feil oppstått under sending

Artikkel 28(a) fritar garantisten for erstatningsansvar for konsekvensene av forsinkelse, tap eller feil oppstått ved sending, så lenge dokumentet er sendt i tråd med kravene i garantien og årsaken er utenfor garantistens kontroll.

Det er to betingelser for garantistens ansvarsfrihet. For det første må forsinkelsen, tapet eller feilen som er oppstått under sending ikke være resultatet av en hendelse eller prosess som er under garantistens kontroll. I praksis vil elektroniske feil ved sendingen nesten alltid være under garantistens kontroll, og ansvarsfrihet for slike feil vil derfor antageligvis være lite aktuelt. Og dersom dokumentet ikke kommer frem fordi garantisten har skrevet feil adresse, eller der garantisten selv har inntatt feil data i garantien, vil dette være under hans kontroll og således ikke dekket av ansvarsfritaket.

3.1.8 Art. 28(b) – Ansvarsfritak for feil i oversettelse eller tolkning av tekniske begreper

Uten særskilt avtale, plikter garantisten ikke ved utstedelsen å oversette oppdragsavtalens innhold til et språk som beneficianten behersker. Dersom han likevel velger å oversette, er han ikke ansvarlig for feil i oversettelsen eller tolkningen av tekniske begreper.

3.1.9 Art. 29 – Ansvarsfritak for en annen parts handlinger

Garantisten har anledning til å benytte seg av andre parter tjenester for å oppfylle kravene i instruksene fra instruerende part. Også der bruk av en tredjepart ikke er påkrevet eller forbudt, kan garantisten bruke en hvilken som helst tredjepart han ønsker i utøvelsen av

instruksene gitt til garantien. En slik tredjepart vil typisk være en formidlende part eller en motgarantist i tilfeller der beneficianten ikke har et forretningsforhold til garantisten og krever bruk av slike.

Virkningen av dette ansvarsfritaket er todelt. Garantisten kan for det første ikke holdes erstatningsansvarlig for mislighold av en tredjepart han benytter seg av for å oppfylle i tråd med instruksene. Der garantisten for eksempel instruerer en formidlende part til å oversende garantien til beneficianten, er garantisten ikke ansvarlig dersom garantien ikke blir sendt. For det andre, i fravær av særskilt avtale skal eventuelle kostnader pådratt av garantisten ved bruk av slike tredjeparter dekkes av instruerende part, jf. art. 32.

Det er tre unntak til ansvarsfritaket i artikkel 29. Det første er hvor garantisten handler i strid med instruksene. Dersom enkelthetene i garantien som sendes til beneficianten via en formidlende part ikke er i tråd med instruksene, vil artikkel 29 ikke fritta garantisten for ansvar. Det andre er der en nasjonal lovbestemmelse eller internasjonal lov griper inn i partsautonomien på området. Det tredje er der garantisten ikke handler i god tro i samsvar med artikkel 30, for eksempel der han vet at kostnadene forbundet med å bruke en gitt tredjepart er grovt overdrevne. Sempel uaktsomhet rundt valget av slik tredjepart, for eksempel der garantisten ikke foretar rimelige undersøkelser for å forsikre seg om at tredjeparten er kompetent til å utføre oppdraget på en adekvat måte, vil imidlertid dekkes av ansvarsfritaket i artikkel 29.

3.1.10 Art. 32 – Ansvar for kostnader og gebyrer

Artikkel 32 omhandler ansvaret for de kostnader en part pådras når den utfører en tjeneste knyttet til reglene i URDG og utførelsen skjer etter instruks fra instruerende part.

3.1.10.1 Art. 32(a) – Tjenester som skal utføres på bakgrunn av reglene i URDG

Etter bokstav a er instruerende part ansvarlig for å besørge betaling til den part som utfører en tjeneste i tråd med instruks.

3.1.10.2 Art. 32(b) – Betalingsansvar der det ikke lar seg gjøre å innhente betaling

Som nevnt over i pkt. 3.1.10.1, kan det vedtas i garantien at beneficianten skal dekke kostnader i forbindelse med garantistillelsen. I slike tilfeller gir art. 32(b) at utførende part ("the party instructed to perform services") må forsøke å innfordre betaling hos beneficianten først. Dersom den ikke fremmer betalingskrav mot beneficianten, og oppgjør hos beneficianten ville vært mulig, kan utførende part ikke fremme betalingskrav mot instruerende part. Dersom det ikke lar seg gjøre å få oppgjør fra beneficianten, vil utførende part kunne fremme betalingskrav mot instruerende part. Den samme regelen gjelder der det er en motgaranti som gir at beneficianten skal dekke kostnadene. I slike tilfeller vil garantisten kunne rette krav til motgarantisten, som igjen kan fremme betalingskrav mot instruerende part.

Regelen er imidlertid uklar på hvor langt utførende part må gå i forsøket på å oppnå betaling hos beneficianten før krav mot instruerende part kan fremmes, og en nærmere presisering av denne regelen må søkes i internasjonal demandgaranti-praksis.

3.1.10.3 Art. 32(c) – Garantien ikrafttreden bør ikke gjøres betinget av oppgjør for kostnader

Bokstav c inneholder en sterk oppfordring til ikke å gjøre garantien ikrafttreden betinget av betaling av kostnader ifm. garantistillelsen. Dette er klart nok mulig, men en slik klausul vil bryte med det viktige prinsippet uttrykt i art. 4 om at en garanti er effektiv når den er utstedt. En beneficiant eller garantist (ved motgarantier), bør kunne slå seg til ro med at en utstedt garanti er effektiv og at eventuelle begrensninger i beneficiantens eller garantistens rett i så fall er relatert til det underliggende avtaleforholdet.

4 Endring av garantien

Det kan av og til bli nødvendig å endre en utstedt garanti for å tilpasse den til endrede omstendigheter, slik som endringer i det underliggende forhold eller forholdene rundt selve

garantistillelsen. En garantiavtale kan som alle andre avtaler ikke endres uten begge parter samtykke. En endring må derfor skje ved hjelp av en endringsavtale, og slike endringsavtaler er først og fremst regulert i artikkel 11. Kapittelet vil også ta for seg overføring av beneficantposisjonen.

4.1 Endringsavtaler

4.1.1 Art. 11(a) – Garantisten kan ikke eller vil ikke utstede en endringsavtale

Med mindre det er avtalt på forhånd, har en garantist ingen plikt til å følge en instruks om utstedelse av en endringsavtale. Dersom garantisten mottar en slik instruks, men akter å ikke utstede en endringsavtale, plikter han etter bokstav a å informere avgiveren uten opphold.

4.1.2 Art. 11(b) – En utstedt endringsavtale binder garantisten, men ikke beneficanten

Dersom garantisten utsteder en endringsavtale, skal den anses som et ugjenkallelig tilbud. Han vil derfor være bundet av endringsavtalen inntil beneficanten uttrykkelig avslår. Endringsavtalen anses utstedt når den har forlatt garantistens kontroll, jf. art 4(a) jf. art. 3(b)²⁶. Beneficanten blir derimot ikke bundet uten forutgående avtale inntatt i garantien eller etterfølgende aksept, se nedenfor om art. 11(c) i pkt. 3.3.

4.1.3 Endringsavtalen er uten virkning hvis garantien har opphørt

Dersom garantien har opphørt, vil en endringsavtale være uten virkning mellom partene. Hvis garantisten og beneficanten etter garantiens opphør vedtar å vekke nytt liv i garantien ved å skyve på utløpsdatoen, skal endringsavtalen i stedet anses som en ny garanti med likelydende vilkår som den opphørte.

²⁶ Se pkt. 2.2.1 over.

4.1.4 Endringsavtale utstedt uten autorisasjon fra instruerende part

Hvis garantisten utsteder en endringsavtale uten tillatelse fra instruerende part, kan garantisten havne i mislighold overfor denne. Dette er imidlertid et forhold som først og fremst angår garantisten og instruerende part, og beneficianten kan likevel holde seg til endringsavtalen overfor garantisten så lenge han ikke er i ond tro.²⁷

4.1.5 Uten forhåndssamtykke er beneficianten ikke bundet av en endringsavtale

En endringsavtale uten beneficiantens forhåndssamtykke er ikke bindende for ham. Et slikt forhåndssamtykke må videre være gitt overfor garantisten, og i tillegg være inntatt i garantiavtalen. Forhåndsavtaler om adgangen til å utstede endringsavtaler vil ofte inngås mellom oppdragsgiveren og beneficianten, men disse vil klart nok ikke binde beneficianten overfor garantiste. At garantisten blir bundet ved utstedelsen av endringsavtalen, mens beneficianten kun bindes ved forutgående avtale eller senere aksept, er en direkte følge av at en avtale mellom to parter uten forutgående avtale aldri kan endres ved ensidig erklæring fra den ene parten. En beneficiant som avslår en endringsavtale som han tidligere har vedtatt bare med oppdragsgiver, vil etter dette aldri være i mislighold overfor garantisten. Han kan derimot være i mislihold overfor oppdragsgiver.

4.1.6 Beneficianten er ikke forpliktet til å ta stilling til endringsavtalen

Når en garantist utsteder en endringsavtale som ikke er hjemlet i garantien, har beneficianten ingen plikt overfor garantisten til å ta stilling til endringsavtalen. Han står derfor fritt til å akseptere eller avslå endringsavtalen, men kan også unnlate å ta stilling til den.

²⁷ Affaki (2011) s. 267.

4.1.7 Ikke unntak for endringsavtaler til gunst for beneficianten

Regelen i artikkel 11(b) gjelder i samme utstrekning der endringsavtalen er til gunst for beneficianten, for eksempel der den øker garantibeløpet eller utvider garantiperioden. Regelen er begrunnet i ønsket om å unngå vanskelige diskusjoner om hva det innebærer at en endringsavtale er til gunst for beneficianten.

4.1.8 Garantisten må informeres av beneficiantens om hans avslag for å være ubundet av den utstedte endringsavtalen

Beneficiantens avslag av endringsavtalen frigjør garantisten bare når han har fått melding *fra beneficianten* om avslaget. Dersom garantisten har mottatt en slik melding fra oppdragsgiveren, vil han følgelig være bundet inntil han mottar en bekreftelse fra beneficianten.

4.1.9 Art. 11(c) – Beneficiantens avslag eller aksept av endringsavtalen

Med mindre beneficianten på forhånd har samtykket til endringsavtalen og samtykket er inntatt i garantien, kan han på et hvilket som helst tidspunkt avslå eller akseptere endringsavtalen. En aksept må enten skje uttrykkelig, eller ved å fremme et krav under garantien som *kun* samsvarer med endringsavtalen. Bestemmelsen er begrunnet i et ønske om å fjerne tvil og verne beneficianten mot at et krav fremmet under den opprinnelig garantien tolkes som en aksept av endringsavtalen.

4.1.10 Hva innebærer et krav fremmet under garantien?

Regelen i art. 11(c) innebærer at et fremsatt krav skal forstås som et avslag der den kun samsvarer med den opprinnelige garantiavtalen; som en aksept der den kun samsvarer med endringsavtalen; og verken som aksept eller avslag i mellomtilfellene der det fremsatte kravet samsvarer både med den opprinnelige garantien og endringsavtalen.

4.1.11 Et ugyldig påkrav under garantien gyldiggjøres ikke av en senere endringsavtale

Dersom et krav under garantien rettmessig avvises som ugyldig, er det virkningsløst mellom partene. Dette gjelder også der den er gyldig under en senere endringsavtale, slik at kravet i alle tilfeller må fremsettes på ny.

4.1.12 Art. 11(d) – Formidlende parts plikter å formidle beneficiantens aksept eller avslag

Selv om en endringsavtale er bindende for garantisten ved utstedelsen, må den likevel oversendes til beneficianten. Der garantisten bruker en formidlende part, må denne overbringe beneficiantens aksept eller avslag til garantisten, så fremt beneficianten har tatt stilling til endringsavtalen overfor ham. Der beneficianten verken aksepterer eller avslår, vil derfor en eventuell aksept først kunne fastslås når han fremmer et krav under garantien.

4.1.13 Art. 11(e) – Ingen delvis aksept

Delvis aksept av en endringsavtale er ikke tillatt. En delvis aksept skal derfor regnes som et avslag. En delvis aksept kan forekomme i to former, og forbudet rammer begge. For det første kan en beneficiant ikke avslå én del av avtalen og akseptere en annen. For det andre kan aksept ikke skje ved en gradvis aksept, slik at beneficianten ikke kan akseptere én del av avtalen samtidig som han sier at han vil ta betenkningstid når det gjelder den andre delen og bestemme seg senere. Begge tilfeller skal altså regnes som avslag.

4.1.14 Art. 11(f) – Beneficianten kan ikke bli bundet ved passivitet

En bestemmelse i endringsavtalen om at den skal anses akseptert med mindre den avslås innen et gitt tidspunkt, skal sees bort fra. Garantisten kan med andre ord ikke pålegge beneficianten å avslå straks eller innen et angitt tidspunkt. Aksept skjer enten i form av notifikasjon eller et krav under garantien som samsvarer med endringsavtalen.

Selv om det ikke er uttrykkelig sagt i bestemmelsen, kan garantisten heller ikke gjøre det motsatte og pålegge beneficianten en akseptfrist. Dette ville i så fall bryte med regelen i artikkel 4(b), som lest i sammenheng med artikkel 3(b) gir at endringsavtalen er ugjenkallelig ved utstedelsen.

4.1.15 Endringsavtalen kan ikke benyttes til overføring av beneficiantposisjonen

Partene til en garanti kan ikke ved en endringsavtale overføre garantien til en ny beneficiant. For det første forutsetter en slik endring at den nye beneficianten samtykker. Det vil i så fall ikke innebære en overføring av garantien, men opphevelse og påfølgende utstedelse av en ny garanti. For det andre er overføring av beneficiantposisjonen regulert i artikkel 33, som skal sørge for at overføring av beneficiantposisjonen skjer i sammenheng med overføring av den opprinnelige beneficiantens rettigheter og plikter etter det underliggende avtaleforholdet.

4.1.16 Endringsavtaler til motgarantier

Det som er sagt ovenfor i pkt. 4.1.15 gjelder i samme utstrekning for motgarantier.

4.1.17 Art. 13 – justering av garantibeløpet i en utstedt garanti

Muligheten til å justere garantibeløpet er en viktig mekanisme i en demandgaranti, fordi den lar partene tilpasse garantibeløpet omtrentlig til verdien av den sikrede kontraktsprestasjonen. En forutsetning for adgangen til å justere beløpet er at det er inntatt en justeringsklausul i garantien, enten for reduksjon eller økning av garantibeløpet. Det er imidlertid ikke nødvendig å innta en klausul for reduksjon av garantibeløpet ved utbetaling under garantien, da dette allerede følger av art. 25(a)i.

Fordi demandgarantier er uavhengige, kan garantibeløpet ikke automatisk tilpasses forholdene i den underliggende avtalen. En slik klausul ville kunne knytte garantien til den underliggende avtalen på en måte som kan bryte med uavhengighetsprinsippet uttrykt i art.

5²⁸. Derfor, og for å unngå ikke-dokumentbaserte betingelser²⁹, kan en justeringsklausul kun utformes på to måter; enten slik at den aktiveres på en gitt dato, eller ved en gitt hendelse.

Artikkel 13 er formet over samme lest som opphørsreglene omtalt under i pkt. 7, og hvorvidt hendelsen har inntrådt må garantisten kunne fastslå ved undersøkelsen av et presentert dokument,³⁰ jf. (a) eller ved undersøkelse i garantistens egne systemer eller en indeks angitt i garantien, jf. (b).

4.2 Art. 33 – Overføring av beneficantposisjonen

I mange kontraktsforhold som er sikret ved en demandgaranti, er det forholdsvis vanlig å overdra en kontraktsposisjon. Slike transaksjoner skjer for eksempel ofte i leasingavtaler for fly, skip og produksjonsutstyr i industrien eller ved leie av fast eiendom. En viktig forutsetning for avtalen vil vanligvis være at kjøperen av kontraktsposisjonen er sikret mot mislighold gjennom garantien i samme grad som selgeren. Selv om en garanti som kan overføres vil bli omtalt som en overførbar garanti, skal det påpekes at det teknisk sett ikke skjer en overføring av beneficantposisjonen til garantien ved slik overføring. Overføring skjer ved novasjon, slik at den eksisterende garantien opphører, samtidig som en ny utstedes til fordel for den nye beneficanten. Overføring av beneficantposisjonen er nærmere regulert i artikkel 33, og skal beskytte partene mot den risiko som en ukontrollert overføring av garantien ville innebære. En garantist ville uten denne beskyttelsen risikere å bli forpliktet overfor en beneficant som den av forskjellige årsaker ikke ønsker å være i et avtaleforhold med. En oppdragsgiver kan på samme måte ha gode grunner til å ville kontrollere hvem som betros med beneficantposisjonen. Det kan for eksempel tenkes at han har et konfliktfylt forhold til den nye beneficanten eller at det er berettiget tvil om hans kredittverdighet, slik at det kan bli vanskelig å få innfridd et tilbakebetalingskrav i

²⁸ Se om art. 5 i pkt. 2.1 over.

²⁹ Se om art. 7 i pkt. 2.3 over.

³⁰ Se også art. 19(d), se pkt. 6.3.4.

tilfeller der et gyldig påkrav under garantien er uberettiget. Disse hensynene er søkt ivare tatt gjennom de fire kumulative vilkårene for en gyldig overføring i artikkel 33.

4.2.1 Fire kumulative vilkår

Det første vilkåret fremkommer av bokstav a i artikkel 33. Garantien må for det første angir at den er overførbar ("transferable"). At den er overførbar må uttrykkelig fremgå av garantien, og annen og vagere ordbruk som uttrykker omtrent det samme er ikke tilstrekkelig³¹. Videre kan overføring kun skje etter anmodning fra beneficiant cessus, jf. bokstav c.

At garantien angir at den er overførbar, innebærer ikke en forpliktelse for garantisten til å overføre garantien i tråd med anmodningen. Dette følger uttrykkelig av bokstav b, som slår fast at overføring kun skjer i den utstrekning garantisten uttrykkelig samtykker. Det fjerde vilkåret følger av bokstav d(ii) og krever at beneficiant cessus må ha avgitt en signert erklæring om den nye beneficiantens inntreden i hans kontraktsposisjon i den underliggende avtalen.

4.2.2 Mulighet for forhåndssamtykke

Som nevnt over, følger det uttrykkelig av bokstav b at garantisten uttrykkelig må samtykke til anmodningen om overføring. Slikt samtykke må imidlertid ikke nødvendigvis gis etter mottak av anmodningen. Der hvor garantien spesifikt angir både at den er overførbar og

³¹ Kommentarene nevner ikke situasjoner der garantiteksten ikke er på engelsk. At slike tilfeller kan forekomme er klart forutsatt i artikkel 29, og det kan stilles spørsmål ved hvordan dette kravet til uttrykkelig benevnning av "transferable" da skal forstås. En løsning kan være at det i disse tilfellene må fremgå forholdsvis klart at garantien skal være overførbar, for eksempel ved at ordet er det som på det aktuelle språket er det mest nærliggende å oversette "transferable" til.

samtidig gir uttrykk for garantistens samtykke til overføring til en navngitt ny beneficiant, kan gyldig overføring utløses ensidig av beneficianten ved at han fremsetter en anmodning som viser til garantistens samtykke i garantien.

4.2.3 Delvis overføring er ikke tillatt

Når alle de fire kumulative vilkårene er oppfylt, kan garantien gyldig overføres gjentatte ganger for det fulle garantibeløpet. At det kun er overføring for det fulle garantibeløpet som er tillatt etter bokstav a, innebærer at det ikke er adgang til å foreta en overføring til en ny beneficiant for deler av garantibeløpet. Regelen er begrunnet i de praktiske vanskeligheter som vil kunne oppstå for garantisten når han må forholde seg til flere beneficianten. I tillegg er slik delvise overføringer svært sjeldne, om ikke uhørte, i internasjonal demandgaranti-praksis.³²

4.2.4 Endringsavtaler til garantien

Bokstav d(i) slår fast at en overføring av garantien også skal inkludere alle endringsavtaler som er *inngått* på tiden for overføringen. En nyutstedelse som ikke inneholder alle inngåtte endringsavtaler kan avslås, og den nye beneficianten kan kreve at det garantien utstedes på nytt med de tidligere unntatte endringsavtalene. Han kan derimot ikke kreve at den nye garantien skal inkludere utstedte, men ikke aksepterte, endringsavtaler og heller ikke kreve at en eller flere aksepterte endringsavtaler skal utelates.

4.2.5 Nærmere om beneficiant cessus' erklæring

Som nevnt over er det en forutsetning for overføring av garantien at den skjer samtidig med overdragelse av beneficiant cessus' kontraktsposisjon i det underliggende avtaleforholdet. Forutsetningen kommer til uttrykk i vilkåret i bokstav d(ii), som krever at beneficiant cessus må avgi en signert erklæring om at overdragelse i den underliggende avtalen har

³² Affaki (2011) s. 93

funnet sted. Regelen er begrunnet i at en demandgaranti ikke har noen selvstendig verdi løsrevet fra det underliggende avtaleforholdet; den er ikke et ihendehavergjeldsbrev. Et krav kan kun gyldig fremsettes dersom et mislighold angivelig har oppstått i det underliggende avtaleforholdet, og garantien vil derfor kun ha verdi for den nye beneficianten når også den sikrede kontraktsposisjonen er overdratt til ham. Det forekommer visstnok jevnlig salg av beneficiantposisjoner, som så utnyttes for å fremme uberettigede krav under garantien. I alle disse tilfellene har beneficiantposisjonen blitt overdratt isolert fra den underliggende avtalen, og ett av formålene med regelen er derfor å forhindre at denne typen bedrageri finner sted.

4.2.6 Beneficiant cessus skal dekke alle gebyrer

I fravær av særskilt avtale, skal alle gebyrer og kostnader som opparbeides i forbindelse med overføringen dekkes av beneficiant cessus.

4.2.7 Garantikravet

Bokstav f regulerer situasjonen der den nye beneficianten kan fremsette krav under den nye garantien. Etter bestemmelsen må garantikravet, og en eventuell erklæring der garantien krever dette, være signert av den nye beneficianten. Når det gjelder andre dokumenter som skal fremlegges sammen med kravet, kan disse uten annen avtale signeres av den nye beneficianten i beneficiant cessus' sted.

Formålet med regelen er å gjøre den nye beneficianten uavhengig av beneficiant cessus' medvirkning. Regelen gjelder ikke bare for oppdragsgivers mislighold i tiden etter overføringen av beneficiantposisjonen, men også for mislighold som har oppstått i forkant av overføringen. At den nye beneficianten kan fremsette krav på grunnlag av mislighold som oppsto i forkant av overføringen, er en følge av at den nye beneficianten er den eneste rettighetshaveren til garantien. I tillegg ville et krav om en deling av retten til å fremsette krav under garantien avhengig av hvem som var beneficiant da mislighold oppstod, lett kunne føre til usikkerhet rundt hvem som er rettmessig kravshaver. Denne usikkerheten

ville garantisten måtte bære risikoen for, og et krav som innebærer inngående undersøkelser i hovedforholdet ville også stride mot demandgarantiens formål.

5 Garantikravet

Alle relevante dokumenter som partene med henvisning til garantien overrekker garantisten, er i URDG betegnet som en presentasjon ("presentation"). Slike presentasjoner kan for eksempel gjelde en justering av garantibeløpet eller et dokument som indikerer at garantien skal opphøre ("expiry event"). Uttrykket omfatter også påkravet ("demand"), og artikkel 14 gjelder dermed også for påkrav under garantien. Artikkel 15-18 gjelder derimot kun for presentasjoner som er påkrav.

Artiklene regulerer et avgjørende stadium for en demandgaranti, ettersom en presentasjon vil være en forutsetning for presentørens rett til utbetaling, opphør av garantien, endring av garantibeløpet og til å kreve inntreden av andre konsekvenser som måtte være angitt i garantien eller motgarantien.

5.1 Art. 14 – Presentasjon

I artikkel 2 er presentasjon ("presentation") definert som overrekkelsen av et dokument under garantien til garantisten, eller *selve* dokumentet. Videre er presentøren ("presenter") den som foretar en presentasjon, men enten oppdragsgiveren eller beneficianten eller en tredjepart som presenterer på vegne av disse. Artikkel 14 gjelder som nevnt over alle former for presentasjon, inkludert påkravet, og regulerer tid, sted, presentasjonsform, leveringsmåte, språk og koblingen til garantien for presentasjonen.

Artikkel 14 gjelder i samme utstrekning for motgarantier, jf. art. 3(b).

5.1.1 Ingen ombytting av presentør

Definisjonen av presentør i artikkel 2 omtalt over, skal ikke forstås slik at både oppdragsgiver og beneficianten kan være presentør for et gitt dokument. Garantisten plikter

kun å undersøke presentasjoner fra den part (eller den tredjepart som handler på vegne av ham) som er angitt som presentør i garantien. Der for eksempel en prestasjonsgaranti skal opphøre ved beneficiantens presentasjon av en takstmannsrapport, kan oppdragsgiver ikke komme ham i forkjøpet og kreve garantiens opphør ved fremleggelse av det samme dokumentet. Regelen kan virke firkantet, men er en konsekvens av at en presentasjon skal overholde bestemmelsene i garantien, jf. artikkel 19(a). En motsatt regel ville sette garantisten i en potensielt svært vanskelig situasjon hvor han ville måtte skjønnsmessig avgjøre hva partenens formål med å utpeke en gitt part som presentør var, og om dette formålet er ivaretatt når presentasjon skjer fra en annen.

5.1.2 Presentasjon kun overfor garantisten

En overrekkelse er kun en presentasjon under artikkel 14 og URDG dersom den skjer direkte til garantisten. Overrekkelse til en formidlende part eller til en annen filial av garantisten enn den som utstedte garantien³³ er for eksempel ikke en presentasjon i seg selv, men blir det først når denne parten overrekker dokumentene til garantisten på vegne av beneficianten eller oppdragsgiveren.

5.1.3 Presentasjon på vegne av beneficianten eller oppdragsgiveren

Garantien må ikke angi hvem som kan presentere på vegne av beneficianten og oppdragsgiveren. Parten må falle inn under definisjonen av presentør i artikkel 2, men ut over dette regulerer URDG ikke adgangen til å handle på vegne av en part til garantien. Dette er overlatt til fullmaktsreglene i angjeldende rett.

³³ Eller en annen filial som garantien utpeker, jf. art. 14(a)i.

5.1.4 Art. 14(a) – Tid og sted for presentasjon

En presentasjon skal fremsettes til garantisten, og i fravær av annen avtale, til den av hans filialer som utstedte garantien, jf. (a)i. Er garantien utstedt av garantistens filial A i London, og spesifiserer den ingen annen filial, er det bare denne som er riktig adressat for en presentasjon.

Videre må en presentasjon skje innen garantiens utløp ("on or before expiry"), jf. (a)ii. I dette ligger det at dersom garantien ikke bestemmer noe annet, må dokumentene ha kommet frem til garantisten senest samtidig som garantien utløper. Der garantien opphører på en gitt dato, må altså presentasjon skje senest på denne dag. Dersom garantien utløper på en helligdag eller en annen dag der forretningene på stedet for presentasjonen er stengt, skal fristen i stedet være første påfølgende hverdag, jf. art. 25(d). Reglene i URDG berører ikke situasjonen der garantien fremsettes etter stengetid, men før dagens utløp. I kommentarene er det fremholdt at der ikke annet er avtalt, vil den rimeligste løsning være at fristen er 23:59:59 på utløpsdagen.³⁴

Der garantien skal opphøre når en gitt hendelse inntreffer ("expiry event"), må kravet fremmes før dokumentet som indikerer at betingelsen er oppfylt er mottatt av garantisten. Dersom garantien ikke spesifiserer et slikt dokument, må kravet fremmes før hendelsen kan bestemmes ut fra informasjon i garantistens organisasjon. En vesentlig forskjell på tilfellet der garantien opphører på en gitt dato, og der den opphører ved inntreden av en gitt hendelse, er at garantier som skal opphøre ved en hendelse, umiddelbart opphører. Dette innebærer at et krav fremsatt samme dag som hendelsen inntreffer, må mottas av garantisten før dokumentet som indikerer inntreden er mottatt, eller i tilfelle før slik inntreden kan leses ut av informasjon i konti hos garantisten.

³⁴ Affaki (2011) s. 96

5.1.5 Art. 14(b) – Ufullstendig presentasjon

Som utgangspunkt er det et krav etter URDG at en presentasjon må være fullstendig for å gis virkning ("complying presentation"). Dette følger direkte av artikkel 14(b), som også regulerer situasjonen der en presentasjon er ufullstendig. Etter bestemmelsen kan presentøren fremsette en ufullstendig presentasjon, dersom den gir uttrykk for at den skal utfylles på et senere tidspunkt. I disse situasjonene kan garantisten dermed ikke avvise presentasjonen, men der presentasjonen er et påkrav utløses ikke garantistens undersøkelsesfrist før presentasjonen er fullstendig, jf. art. 20(a). Muligheten for å foreta en delvis presentasjon med et påkrav er også forutsatt i art. 15(a) og (b), men bestemmelsene griper ikke inn i hovedregelen om at det, for å unngå å risikere avvisning, i så fall må komme til uttrykk i forsendelsen at den skal utfylles senere.

Under arbeidet med utformingen av URDG 758, ble det vurdert å innta et krav om en såkalt "notice of completion" – altså at presentøren skal erklære at en presentasjon som er innsendt stykkevis nå er komplett iht. kravene i garantien. Dette er også regelen i eUCP³⁵ artikkel e5(c). En slik regel vil gjøre saksgangen sikrere, men også innføre en ekstra formalitet for partene å ivareta. Partene bør selv vite hvilke dokumenter som er nødvendige for en fullstendig presentasjon, og dersom en presentør oversender en ufullstendig presentasjon uten å reservere seg muligheten til å ettersende det gjenstående, må han være forberedt på å få presentasjonen avvist.³⁶

5.1.6 Art. 14(c) – Elektroniske presentasjoner

For situasjonene der det er bestemt i garantien at presentasjoner skal skje elektronisk, inneholder bokstav c en anbefaling om å angi filformat, forsendelsesmåte og den adresse

³⁵ eUCP er et tillegg til UCP600 som skal tilpasse reglene i UCP600 til elektronisk dokumenthåndtering.

³⁶ Affaki (2011) s. 288

presentasjonen skal sendes til. Dersom dette ikke er nærmere spesifisert, er det tillatt å sende presentasjonen i papirform, eller bruke et hvilket som helst filformat som tillater autentisering. At et dokument er autentisert betyr at mottaker kan identifisere avsender og at dokumentet er fullstendig og uendret, jf. art. 2. Et dokument som ikke kan autentiseres skal anses som ikke presentert, jf. bokstav c siste punktum.

Hvorvidt dokumentet er fullstendig og uendret relaterer seg kun til selve forsendelsen, slik at fjerning av tekst og andre endringer før sending ikke er relevant. Så lenge avsenders identitet fremgår av sendingen og filen ikke er korrupt, vil den dermed anses autentisert.

Bestemmelsen stiller ikke krav til at dokumentet er i et format som garantisten kan åpne og lese. Det kan derfor tenkes å oppstå situasjoner der et dokument kan autentiseres og dermed være korrekt presentert, men likevel ikke leses av garantisten, for eksempel fordi filen er i et proprietært format³⁷ som han ikke har programvare til å åpne. Når det gjelder forsendelsesmåte og adresse, vil det normalt være tilstrekkelig å vise til SWIFT-systemet eller e-post, og angi garantistens SWIFT-adresse eller e-postadresse.

5.1.7 Art. 14(d) – Papirpresentasjon

Bokstav d gjelder tilfellene der en garanti som bestemmer at presentasjoner skal skje i papirform, også angir en spesifikk leveringsmåte for dokumentene. Dette kan for eksempel være at dokumentene skal sendes med kurér, bli levert til en bestemt adresse, eller at dokumentene ikke skal sendes pr. post. Når det slik er bestemt at dokumentene ikke skal sendes pr. post, må dette overholdes av presentøren. Dersom han bruker en forsendelsesmåte som garantien uttrykkelig forbyr, vil presentasjonen ikke få virkning mellom partene. Motsatt kan han fritt bruke enhver forsendelsesmåte som ikke er uttrykkelig forbudt i garantien, så lenge dokumentet kommer frem på det sted og til den tid som er angitt i garantien, jf. bokstav a, omtalt i pkt. 5.1.5 over. Formålet med regelen er å la

³⁷ Et filformat som er utviklet for en spesiell programvare, og dermed ikke alltid kan leses av annen programvare.

partene utelukke forsendelsesmåter som kan skape vanskelige bevissituasjoner for tidspunktet for mottak hos garantisten.

5.1.8 Art. 14(e) – Papirpresentasjon der annet ikke er bestemt

Der annet ikke er bestemt, skal presentasjon skje med fysiske dokumenter. Demand-garantier er som oftest fremdeles papirbaserte,²¹ og regelen reflekterer denne praksisen. Under utarbeidelsen av URDG 758 ble det vurdert en regel som lot det være opp til presentøren å bestemme om han ville legge frem presentasjonen på papir eller elektronisk eller en kombinasjon. En garanti som ikke bestemmer hvorvidt presentasjon skal skje elektronisk eller på papir, vil naturlig nok neppe inneholde bestemmelser om format og adresse³⁸ for elektronisk presentasjon, og ønsket om å unngå vanskelige situasjoner førte til at nåværende regel ble valgt.³⁹

5.1.9 Art. 14(f) – Presentasjonen må utpeke garantien den er knyttet til

Hver presentasjon som overrekkes garantisten må identifisere den garantien som den knytter seg til, og slik identifikasjon er dermed en forutsetning for at en gyldig presentasjon har funnet sted. Bestemmelsen foreslår referansenummeret garantien er gitt hos garantisten, men enhver måte å identifisere den aktuelle garantien er tilstrekkelig så lenge det lar seg gjøre å skille den fra andre garantier. Dersom presentasjon for eksempel kun angir dato, vil dette være tilstrekkelig dersom garantisten kun utstedte én garanti denne dagen. Og dersom garantisten kun har stilt én garanti overfor denne beneficianten, vil den anses identifisert ved at beneficianten i presentasjonen skriver ”garantien stilt til meg” eller lignende formuleringer.

³⁸ Se om bokstav c i pkt. 5.1.7 over.

³⁹ Affaki (2011) s.100

Hvis presentasjonen er et påkrav som ikke identifiserer garantien, vil konsekvensen være at garantistens undersøkelsesfrist etter art. 20 ikke begynner å løpe før identifikasjon har skjedd. Dersom identifikasjon ikke skjer før garantien opphører, vil beneficianten dermed ha mistet muligheten til å fremme krav under garantien. Dette er begrunnet i oppdragsgivers krav på forutberegnelighet i garantistillelsen, slik at han ikke skal måtte risikere å bære den økonomiske byrden når garantien har opphørt.

Dersom en presentasjon skjer uten at garantien samtidig er entydig utpekt, kan det spørres om garantisten i slike tilfeller vil ha en plikt til å kontakte beneficianten og gjøre ham oppmerksom på at presentasjonen er ufullstendig. Dette er overlatt til angjeldende rett.

5.1.10 Art. 14(g) – Språk

Dersom ikke annet er avtalt, må en presentasjon eller et påkrav på vegne av oppdragsgiver eller beneficiant være på samme språk som garantien. Dokumenter utformet av andre, for eksempel en inspektør, takstmann eller tollmyndigheter, har oppdragsgiveren og beneficianten ingen befatning med, og disse kan derfor være på et hvilket som helst språk dersom ikke annet er avtalt.

5.2 Art. 15 – Påkravet

En presentasjon som er et påkrav må ikke bare overholde artikkel 14, men også de spesielle reglene for påkrav i artikkel 15. Kravet til misligholdserklæring står her i særstilling, og må betraktes som ett av URDGS fremste kjennetegn. En slik erklæring må alltid fremlegges i tilknytning til påkravet, med mindre det motsatte er uttrykkelig bestemt i garantien.

Bokstav a regulerer påkrav under garantier og bokstav b påkrav under motgarantier, mens de to siste bokstavene regulerer begge.

5.2.1 Art. 15(a) – Påkrav under garantien

I artikkel 2 er ”demand” definert som et signert dokument som inneholder et påkrav under garantien. Hva som ligger i ”signert” (”signed”) er også nærmere definert i den samme artikkelen.

5.2.1.1 Støttedokumenter

I tillegg til påkravet, må det i de tilfellene der det er angitt i garantien, også inngis støttedokumenter. Dette kan for eksempel være en ingeniørs erklæring om at kontraktsarbeidet er mangelfullt eller ikke utført eller en dom fra en domstol eller en voldgiftsrett som avgjør en tvist i det underliggende avtaleforholdet. At garantikravet er betinget av innsending av en dom, innebærer ingen annen forbindelse til det underliggende avtaleforholdet enn at garantisten forholder seg til dokumentene som er spesifisert i garantien, jf. art. 19(a). Med mindre det er spesifikt angitt i garantien at dommen må være rettskraftig, skal garantisten også utbetale etter et påkrav med en dom der ankefristen fortsatt løper.

5.2.1.2 Misligholdserklæringen

Som nevnt over må beneficianten i tillegg til selve påkravet, også sende inn en misligholdserklæring (”statement of breach”) der han angir på hvilken måte oppdragsgiveren er i mislighold i det underliggende avtaleforholdet.

Denne bestemmelsen ble introdusert med URDG 458, og har i tiden etter lanseringen gradvis fått større og større tilslutning i internasjonal demandgaranti-praksis. Det er visstnok nå slik at et overveldende flertall av demandgarantier som utstedes inneholder en tilsvarende bestemmelse, uavhengig av om de er underlagt URDG eller ikke. Regelen er et forsøk på å balansere hensynet til på den ene siden beneficianten og hans interesse i en rask utbetaling dersom oppdragsgiver misligholder og på den andre siden hensynet til oppdragsgiver og hans beskyttelse mot misbruk av garantien. Det kan innvendes at beskyttelsen av oppdragsgiver er liten når det er beneficianten selv, og ikke en uavhengig

tredjepart, som skal avgi misligholdserklæringen. Oppdragsgiver ville klart nok nytt bedre beskyttelse mot misbruk dersom misligholdserklæringen måtte avgis av en tredjepart, men en slik regel ville undergrave en av hovedfordelene for beneficanten med en demandgaranti; muligheten til å trekke på garantien ved påkrav uten å måtte bevise mislighold. Den praktiske erfaringen med bestemmelsen i garantiavtaler under URDG 458 har i tillegg til nå vist at den gir en viss beskyttelse mot misbruk, antageligvis fordi en beneficant som ellers ikke ville nøle med å trekke på garantien, ofte vil vike tilbake for å avgi en falsk erklæring. Partene kan også avtale at ytterligere dokumentasjon som kan understøtte at mislighold har funnet sted skal fremlegges for garantisten før utbetaling kan skje, uten at det nødvendigvis blir innført et krav som reelt innebærer at misligholdet må bevises.

Virkningen av artikkel 15 er at det innføres et dokumentasjonskrav som ikke nødvendigvis fremgår av garantien, ettersom det som nevnt over alltid vil være et krav for garantier under URDG med mindre det er uttrykkelig bestemt at en slik erklæring ikke skal kreves. Garantier under URDG må derfor i fravær av en slik bestemmelse alltid leses som at den inneholder et krav om en slik misligholdserklæring. At kravet ikke fremgår av garantien kan komme overraskende på en beneficant, men det er da heller ingenting i veien for å innta kravet og en beskrivelse i selve garantien. Slik gjøres det for eksempel i modellskjemaene til både URDG 758⁴⁰, URDG 458⁴¹, samt i modellskjemaene til internasjonale og multinasjonale organisasjoner som har omfavnet URDG, slik som FIDIC⁴² og Verdensbanken. Etter dette anses det nok nå å være mønsterpraksis å innta

⁴⁰ Affaki (2011) s. 474 f.f.

⁴¹ ICC Pub. No. 503

⁴² FIDIC er en multinasjonal interesseorganisasjon for ingeniører som bla.a har utviklet standardkontrakter for entrepriser som er velkjent og i utstrakt bruk verden over

kravet om misligholdserklæring i garantien⁴³, selv om en garanti som ikke nevner misligholdserklæringen uansett vil inneholde et slikt krav etter artikkel 15.

Når det gjelder selve misligholdserklæringens innhold, gir ordlyden noe veiledning når uttrykket "in what respect" er brukt i stedet for "in what respects" for å angi hvordan beneficianten skal beskrive oppdragsgiverens mislighold. Det er altså bare en helt generell beskrivelse som kreves, for eksempel at oppdragsgiver ikke har oppfylt til avtalt tid, levert et mindre kvantum enn avtalt og lignende. Videre er det ikke et krav at erklæringen eksplisitt konstaterer at mislighold har oppstått, ettersom dette klart nok vil fremgå av den generelle beskrivelsen av misligholdet. Et slikt krav var inntatt i URDG 458, og tanken var da at et krav om å konstatere mislighold ville bidra til å klarlegge situasjonen der beneficianten fremmer et påkrav med en erklæring som for eksempel bare angir datoen for levering uten at det dermed fremgår at leveringen var forsinket. Praktisk erfaring har imidlertid vist at dette kravet i de fleste tilfeller vil oppleves som svært formalistisk, og det har i tillegg utviklet seg til å bli en potensiell felle for beneficianter som har inngitt erklæringer hvor det klart nok fremgår at oppdragsgiver er i mislighold, men likevel blir nektet utbetaling fordi det ikke er skrevet eksplisitt i erklæringen.

5.2.1.3 Misligholdserklæringen må ikke presenteres sammen med påkravet

Etter bokstav a siste punktum, behøver ikke erklæringen presenteres sammen med påkravet. Men der misligholdserklæringen sendes separat fra påkravet, må den klart identifisere *påkravet* den knytter seg til. Regelen ligner på regelen i art. 14(b), men er altså annerledes ved at det er påkravet og ikke garantien som må identifiseres.

⁴³ Dette gjenspeiles også i artikkel 8(h), omtalt i pkt. 2.4 over

5.2.1.4 Forholdet til regelen i art. 14(b)

Som nevnt i punktet over, kan misligholdserklæringen innsendes separat fra påkravet. Artikkel 14 gjelder imidlertid også for presentasjon som er påkrav, og regelen i artikkel 14(b) vil derfor gjelde også i disse tilfellene. Dette betyr at dersom påkravet sendes inn først, uten at det samtidig blir indikert at presentasjonen skal utfylles senere, kan garantisten avvise presentasjonen som ufullstendig. Dersom garantisten da ikke avviser presentasjonen som ufullstendig overfor beneficianten innen fem forretningsdager, vil han være avskåret fra å avvise presentasjonen, jf. art. 20(a) og art. 24(f). Hvis utfyllingen derimot er indikert i presentasjonen av påkravet, vil den ikke anses presentert før erklæringen er mottatt av garantisten, og fristen i art. 20(a) vil ikke begynne å løpe før tidspunktet for mottak. Der garantisten avviser presentasjonen innen fristen, er det ingen ting i veien for at beneficianten kan fremme et nytt påkrav under garantien innen fristen.

5.2.2 Art. 15(b) – Påkrav under motgarantien

Der det er stilt motgaranti overfor garantisten, vil garantisten eller motgarantisten (ved en kjede av motgarantister) normalt fremme krav mot motgarantisten foran i rekken. I det videre vil for enkelhets skyld den garantistilleren som har mottatt krav under garantien, og så fremmer krav mot garantisten, bli omtalt som beneficiant til motgarantien.

Som med påkrav i direkte garantier, må også et påkrav i en indirekte garantistillelse suppleres med en erklæring fra beneficianten. Denne skiller seg fra misligholdserklæringen i direkte garantier, ettersom garantien ikke sikrer det underliggende avtaleforholdet og dermed ikke er betinget av et angivelig mislighold der. Erklæringen må i stedet indikere at beneficianten til motgarantien har mottatt et gyldig påkrav ("complying demand") under garantien eller motgarantien. Med mindre det er uttrykkelig bestemt i motgarantien at den skal sikre refusjon for utbetalinger under garantien, må beneficianten til motgarantien heller ikke ha utbetalt etter påkravet han har mottatt fra sin beneficiant. Han vil således kunne kreve utbetaling under motgarantien såfremt han har mottatt et gyldig påkrav og viser til dette i sitt påkrav til motgarantisten. Motgarantisten kan heller ikke avvente

utbetaling til han er forsikret om at påkravet fremmet mot hans beneficiant var et gyldig påkrav, men det kan tenkes unntak under gjeldende rett der det finnes rimelig klare bevis for at beneficianten til motgarantien visste at erklæringen om at den har mottatt påkrav var falsk. Hvorvidt et krav er uberettiget er imidlertid ikke regulert i URDG, og således overlatt til angjeldende rett.

På samme måte som ved direkte garantier, kan også erklæringen om mottatt gyldig påkrav fremmes adskilt så lenge den identifiserer påkravet den knytter seg til. I motsetning til bokstav a, nevner bokstav b ikke andre støttedokumenter i tillegg til påkravet og erklæringen. Dette har sammenheng med at det er svært uvanlig at det kreves annen dokumentasjon enn påkravet og erklæringen, samt kopier av det opprinnelige påkravet, jf. art. 22. Men der motgarantien inneholder et krav om slik dokumentasjon, må det klart nok også fremlegges på samme vilkår som annen dokumentasjon som inngår i en fullstendig presentasjon, se om art. 14(b) i pkt. 5.1.6 over.

5.2.3 Art. 15(c) – Kravet til støtteerklæring kan avtales bort

Dersom partene så ønsker, kan kravet til støtteerklæring i art. 15(a) og (b) avtales bort. Dette må i så fall uttrykkelig fremgå av garantien, og bestemmelsen gir et eksempel på en formulering som tilfredsstiller kravet. Den klare formuleringen skal understreke at kravet til støtteerklæring ikke kan avtales bort forutsetningsvis gjennom vage formuleringer, for eksempel ved å understreke at beneficianten ikke på noen måte må godtgjøre eller bevise at oppdragsgiver er i mislighold.

5.2.3.1 Modifisering av kravet til støtteerklæringens innhold

Det er en viss adgang til å endre kravene til støtteerklæringens innhold uten at selve kravet om støtteerklæring også må uttrykkeligs avtales bort. Selv om det ikke er kommet direkte til uttrykk i art. 15, har partene adgang til å avtale andre vilkår for erklæringens innhold. Kommentarene til URDG 758 gir to eksempler på en slik avtale. For det første kan erklæringen til en garanti begrenses til å kun måtte slå fast at oppdragsgiver er i mislighold,

og dermed ikke også på hvilken måte. For det andre kan en kontragaranti stille som vilkår at støtteerklæringen fra garantisten skal erklære at han har mottatt et gyldig påkrav fra beneficianten og at han har utbetalt i samsvar med det. I tilfeller der ordlyden i garantien er så vag at den reiser tvil om hva partene har ment, bør bestemmelsen om erklæringens innhold i art. 15(a) og (b) gå foran.⁴⁴

Dersom garantien vedtar at artikkel 15 skal fravikes i sin helhet, vil beneficianten fremdeles måtte legge frem de dokumenter som garantien krever for at påkravet skal være gyldig. Disse dokumentene er riktig nok omtalt i art. 15, men dette er ment som en påminnelse til partene om at kravet om støtteerklæring ikke endrer kravet i garantien om fremleggelse av slike andre dokumenter.

5.2.3.2 Art. 15(d) – Datering av påkravet

Bokstav D er ment å uttrykke mønsterpraksis for demandgarantier, og forbyr derfor presentasjoner som er antedaterte eller etterdaterte. Et påkrav eller støtteerklæring kan derfor ikke være datert før datoen da beneficianten tidligst kunne fremsette krav under garantien, som uten annen avtale vil være ustedelsen, jf. art 4(c), se pkt. 3.1.4.

Fordi andre dokumenter enn påkravet som utformes enten av noen andre enn beneficianten selv (for eksempel en fraktseddel, eller dokumenter utformet av ham (for eksempel en faktura), regnes som mindre viktige enn selve påkravet, gjelder dateringskravet ikke for disse.

⁴⁴ Affaki (2011) s. 108

5.3 Art. 16 – Informasjon om påkravet

Artikkel 16 gir garantisten plikt til å informere instruerende part uten opphold dersom han mottar et påkrav under garantien. Ved indirekte garantier plikter garantisten eller motgarantisten å informere motgarantisten.

Informasjonsplikten gjelder uavhengig av om påkravet er gyldig eller ikke, og det vil derfor forekomme at informasjon må gis også før undersøkelsesfristen i art. 20(a) er utløpt. Informasjonsplikten gjelder overfor instruerende part, og ikke oppdragsgiver. Ofte vil oppdragsgiver også være instruerende part i en direkte garanti. Men hvor det for eksempel er morselskapet til oppdragsgiver som håndterer garantistillelsen på dennes vegne, og i tillegg er den som står ansvarlig for garantistens regresskrav, vil morselskapet regnes som instruerende part. I disse tilfellene er det mest logisk at den som skal kompensere garantisten for hans utlegg ved utbetaling under garantien, også er den som får beskjed når utbetaling under garantien kan bli aktuelt.

Informasjonsplikten gjelder både for et alminnelig påkrav og for et krav om "extend or pay". Slike krav forekommer av og til når beneficianten ønsker å utvide garantitiden. Beneficianten bruker da muligheten til å trekke på garantien før opphør som et ris bak speilet for å oppnå lengre løpetid på garantien. Informasjonsplikten ved en gyldig presentasjon av et krav om "extend-or-pay" vil imidlertid utløse enkelte tilleggskrav etter art. 23, som også omfatter kravet i art. 16.

5.3.1 Ikke informasjonsplikt for påkrav før utbetaling eller avslag

Selv om instruerende part skal informeres om et påkrav uten opphold fra mottak, er det likevel ikke slik at garantisten må informere instruerende part før han foretar en utbetaling under garantien eller avslår et ugyldig påkrav. En plikt til å informere instruerende part før utbetaling under garantien, ville gi instruerende part mulighet til å søke en midlertidig beføyning for å unngå utbetaling. Dette ville åpenbart undergrave demandgarantiens funksjon, og den balanse mellom partene som URDG forsøker å oppnå ville bli helt forrykket. Det ville igjen kunne medføre en risiko for at demandgarantien faller i unåde i

forretningsverdenen, og blir forlatt til fordel for andre instrumenter som kan tilby en sikrere rett til utbetaling, eksempelvis et standby letter of credit.

I de typiske tilfellene er garantisten en bank som instruerende part har en konto hos, og som han har gitt garantisten tillatelse til å debitere dersom han har foretatt en utbetaling under garantien. Formålet med regelen er derfor først og fremst at instruerende part skal få beskjed om at kontoen hans hos garantisten vil bli debitert når påkravet har blitt innfridd. Plikten til å opplyse instruerende part om et avslag, vil sikre at instruerende part er oppmerksom på det påståtte misligholdet, slik at han kan gå i forhandlinger med medkontrahenten i den underliggende avtalen og kanskje unngå at det fremmes nye krav under garantien.

Informasjonsplikten skal uansett ikke gripe inn den overordnede plikten garantisten har til å akseptere eller avslå et påkrav innen fem dager, jf. art. 20(a). Dersom han venter med å svare beneficianten, for eksempel fordi instruerende part truer med midlertidig beføyning, vil han etter femdagersfristens utløp ikke lenger kunne avslå kravet som ugyldig, jf. art. 24(f).

5.3.2 Forholdet mellom fristen for utbetaling og fristen for å informere "without delay"

Som nevnt over i pkt. 5.3.1, skal garantisten uten opphold informere instruerende part om mottak av et demand (eller krav om "extend or pay"). Der et demand kun består av selve kravet og en misligholdserklæring, vil derfor undersøkelse og avgjørelse kunne skje i løpet av et par timer. I disse tilfellene bør garantisten utbetale uten å utnytte hele femdagersfristen i art. 20(a). Dersom utbetaling da skjer samme dag eller dagen etter, og instruerende part blir informert samme dag som utbetalingen eller dagen etter, vil informasjon være gitt innenfor fristen. Er påkravet derimot komplekst og består av en mengde dokumenter som garantisten trenger flere dager på å undersøke, vil garantisten måtte informere instruerende part før han utbetaler. Som nevnt over er dette ikke fordi art. 16 krever det, men fordi garantisten ellers ville oversitte fristen til å informere instruerende

part uten opphold. Kommentarene til URDG slår fast at dersom informasjon blir gitt senere enn tre forretningsdager etter mottak, vil dette normalt være for sent⁴⁵

5.3.3 Forholdet til art. 24

Dersom garantisten mottar et ugyldig påkrav, kan han etter art. 24(a) i stedet for å avslå kravet, kontakte instruerende part og anmode om at han godkjenner påkravet på tross av manglene⁴⁶. Bokstav c understreker at en slik anmodning ikke opphever informasjonsplikten som følger av art. 16. Kommentarene til URDG oppfordrer her til en praktisk tolkning av bestemmelsen, slik at informasjonsplikten vil være overholdt så lenge garantisten har kontaktet instruerende part med en anmodning som nevnt over innen fristen i artikkel 16.⁴⁷

5.3.4 Ingen sanksjoner for brudd på informasjonsplikten

Verken art. 16 eller andre bestemmelser i URDG 758 innfører sanksjoner for garantistens brudd på informasjonsplikten, og er dermed heller ikke til hinder for at han kan fremme regresskrav mot instruerende part for utbetaling under garantien selv der han har forsømt informasjonsplikten. Det kan imidlertid tenkes at instruerende part har lidd et økonomisk tap som følge av at informasjon om påkravet uteble, men adgangen til å kreve erstatning er overlatt til angjeldende rett.

5.4 Art. 17 – Delvis påkrav og flere påkrav

Det er adgang til å fremsette påkrav med krav om utbetaling av bare deler av garantibeløpet og flere påkrav kan fremsettes dersom dette ikke er forbudt i garantiteksten. Garantibeløpet i demandgarantier er normalt satt til et maksimumsbeløp, slik at beneficianten har mulighet

⁴⁵ Affaki (2011) s. 307

⁴⁶ Se om art. 24 i pkt. 6.5.1

⁴⁷ Affaki (2011) s. 307

til å la påkravet i størst mulig grad gjenspeile verdien av misligholdet og eventuelt fremme nytt påkrav ved ytterligere mislighold senere. Påkrav for utbetaling av deler av garantibeløpet, og senere flere påkrav er uttrykkelig tillatt i art. 17(a) og (b).

Samtidig har partene alltid mulighet til å vedta at flere påkrav ikke skal være tillatt, jf. bokstav (c). Dette må i så fall fremgå uttrykkelig av garantien. I en situasjon hvor flere påkrav ikke er tillatt, blir det viktig at beneficianten sørger for å ha oversikt over alle mislighold i den underliggende avtalen før han fremsetter påkrav. Med mindre påkravet blir avslått (se pkt. 5.4.1 under), vil han da ha uttømt sin mulighet til å trekke på garantien ytterligere og krav som oppstår som følge av senere mislighold vil være usikrede. Dette innebærer spesielt at partene ikke bør vedta et slikt forbud der levering i den underliggende avtalen skal skje i rater, men i alle situasjoner vil et slikt forbud uansett gi beneficianten en utilsiktet oppfordring til å fremsette påkrav for hele garantibeløpet selv der det oppståtte misligholdet er svært mye mindre verdt og andre mislighold ikke ennå har materialisert seg.

5.4.1 Art. 17(d) – Hvor et påkrav avslås, kan nytt påkrav fremdeles fremsettes

Et påkrav som avvises skal anses som ikke fremsatt. I en situasjon der garantisten har avslått påkravet, vil derfor et forbud mot flere påkrav ikke være til hinder for at beneficianten fremsetter et nytt påkrav under garantien. Formålet med et slikt forbud er å forhindre at garantisten må utbetale flere ganger, og dette er klart nok ivarettatt selv om beneficianten får en ny sjanse til å fremsette et gyldig påkrav. En lignende regel er også inntatt i art. 18(a), og vil gjelde på samme måte for et tilbaketrukket påkrav og et påkrav som er antatt tilbaketrukket i medhold av art. 23(d).

Fordi et avslått påkrav vil være en nullitet, kan heller ikke manglene ved presentasjonen repareres med en endringsavtale til garantien. I slike tilfeller må beneficianten fremsette et nytt påkrav.

5.4.2 Art. 17(e) – Avslag av påkravet

Et påkrav skal for det første avslås dersom det er på et større beløp enn det som er tilgjengelig under garantien, jf. art. 17(e)i. I dette ligger det at et påkrav ikke bare skal sammenholdes med beløpet angitt i garantien, men også det som gjenstår av garantibeløpet der beneficiaryen har fremmet et delvis påkrav tidligere, jf. art. 25(a)i⁴⁸

Videre følger det av (e)ii at påkravet også skal sammenlignes med det som fremkommer av misligholdserklæringen og andre støttedokumenter til påkravet. Dersom disse dokumentene indikerer at beneficiaryens tap som følge av misligholdet i det underliggende avtaleforholdet er på et mindre beløp enn det fremsatte påkravet, skal påkravet avvises. Dersom disse dokumentene på den annen side viser at beneficiaryens tap i den underliggende avtalen er større enn beløpet i påkravet, følger det av artikkelens siste setning at påkravet *ikke* skal avvises.

I kommentarene til URDG er det videre understreket at et for stort påkrav skal avvises i sin helhet, og altså ikke bare for den del av beløpet som overstiger det som er tilgjengelig under garantien.⁴⁹ I slike tilfeller må beneficiaryen fremsette et nytt påkrav for det fulle beløp han vil kreve under garantien. På den annen side skal et påkrav på et beløp som er mindre enn det tapet som er indikert i erklæringen og eventuelle støttedokumenter klart nok ikke avslås.

Det skal presiseres at denne regelen kun relaterer seg til avslag som følge av beløpsavvik, og et påkrav vil derfor likevel kunne avslås på annet grunnlag, for eksempel fordi garantien er opphørt eller fordi presentasjonen ikke oppfyller kravene i art. 14.⁵⁰

⁴⁸ Se om art. 25 i pkt. 7

⁴⁹ Affaki (2011) s. 312

⁵⁰ Se pkt. 5.1 over.

5.5 Art. 18 – Hvert påkrav er adskilt

Hver påkrav skal behandles adskilt fra andre påkrav. Beneficianten skal ha rett til å fremsette et senere påkrav, og garantisten kan kreve at påkravet skal være gyldig under garantien

5.5.1 Art. 18(a) – Fremsettelse av ugyldig påkrav og tilbaketrekking av påkrav

Dersom beneficianten fremsetter et ugyldig påkrav eller trekker et fremsatt påkrav tilbake, beholder han retten til å fremme et nytt påkrav senere. Dette vil som nevnt i pkt. 5.4.1 over, gjelde uavhengig av om garantien forbyr flere påkrav eller ikke og også ved antatt tilbaketrekking etter art. 23(d). Virkningen av avslag etter bokstav a er sammenfallende med art. 17(d) over – et ugyldig og avslått påkrav skal anses som ikke fremsatt.

5.5.2 Art. 18(b) – Utbetaling ved ugyldig påkrav

Det er ikke uvanlig at garantisten av praktiske årsaker utbetaler under garantien, på tross av at det mottatte påkravet er mangelfullt⁵¹. Dette må normalt gjøres med samtykke fra instruerende part dersom garantistens regresskrav skal være i behold, men regressavtalen mellom dem faller utenfor URDGs anvendelsesområde og er dermed ikke nærmere regulert.

Regelen om at påkravene skal behandles adskilt innebærer også at fast praksis mellom partene ikke kan endre kravene til påkravet. At garantisten utbetaler etter å ha mottatt et ugyldig påkrav, kan derfor ikke innebære en lemping av kravene til et senere påkrav. Dette skal gjelder også om det senere påkravet lider av nøyaktig samme mangel som det tidligere. Ett av hensynene bak regelen er at instruerende part som har samtykket til å godkjenne et ugyldig påkrav, ikke dermed skal anses å ha gitt forhåndssamtykke til godkjenning av senere ugyldige påkrav. Uten slikt samtykke for hvert enkelt påkrav, bør garantisten derfor

⁵¹ Se art. 24(a) og pkt. 6.5.1

ikke utbetale. Uansett har han ingen plikt til å utbetale selv om instruerende part samtykker, jf. art. 24(c) omtalt nedenfor i pkt. 6.5.3.

6 Undersøkelse av presentasjonen

Systematikken i URDGs regler er slik at presentasjonen i seg selv ikke utløser noen virkninger for selve garantien, enten det gjelder utbetaling, opphør, justering av garantibeløpet eller lignende. Presentasjonens innhold skal først legges til grunn når garantisten har undersøkt den og fastslått at den er en gyldig presentasjon ("complying presentation"). Dette stadiet i garantiens livsløp er av spesiell betydning for garantisten eller motgarantisten, ettersom uaktsomhet ved undersøkelsen kan føre til erstatningsansvar. Av denne grunn er også prosessen for undersøkelse etter URDG svært detaljert. Utgangspunktet og fremgangsmåten for en korrekt undersøkelse av en presentasjon finnes hovedsakelig i art. 19, men også andre bestemmelser vil være av betydning. Dette gjelder spesielt definisjonen av en gyldig presentasjon i art. 2, bestemmelsen om ikke-dokumentbaserte betingelser i art. 7, overdrevne påkrav i art. 17(e) og fristen for å foreta undersøkelsen i art. 20(a).

Jeg tar utgangspunkt i definisjonen i art. 2, og vil behandle de relevante bestemmelser med en hovedvekt på fremgangsmåten for undersøkelse i art. 19. I denne delen vil jeg også redegjøre for fristen for undersøkelse i art. 20(a), samt bestemmelsen om ugyldige påkrav i art. 24.

6.1 Art. 2 – Definisjonen av en "complying presentation"

Som nevnt i forrige punkt, finner vi utgangspunktet for garantistens undersøkelse av presentasjonen i art. 19. Det følger av art.19(a) at garantisten i første rekke skal avgjøre hvorvidt presentasjonen er en gyldig presentasjon. Etter definisjonen i art. 2, er en presentasjon gyldig når den overholder kravene i garantien, reglene i URDG og der ikke annet følger av garantien, URDG og internasjonal demandgaranti-praksis.

Definisjonen innfører dermed en trinnhøyde mellom reglene som er velkjent fra alminnelig avtalerett. Presentasjonen må i første rekke overholde de individuelt fremforhandlene avtalevilkårene, altså kravene i garantien slik partene har utformet den. Reglene i URDG vil kunne systematiseres som en standardavtale, som dermed skal legges til grunn mellom partene der annet ikke er avtalt. Kun i situasjonen der løsningen på en oppstått problemstilling ikke følger av garantien eller URDG, vil den måtte søkes i angjeldende rett og internasjonal standard demandgaranti-praksis.

6.2 Andre relevante bestemmelser

Ved undersøkelsen skal det ses bort fra ikke dokumentbaserte betingelser. Disse er behandlet i pkt. 2.3 over, og jeg viser til det som er skrevet der.

Videre skal et påkrav som lyder på et beløp større enn det tilgjengelige garantibeløpet eller det som fremgår av misligholdserklæringen og støttedokumentene, avslås, jf. art. 17(e), behandlet i pkt. 5.4.2 over. Fristen for undersøkelse i art. 20(a) vil bli behandlet i omtalen av art. 20 i pkt. 6.4 under.

6.3 Art. 19 – Undersøkelsen

6.3.1 Art. 19(a) – Undersøkelse kun av presentasjonen

Garantisten skal undersøke presentasjonen og avgjøre gyldigheten på grunnlag av selve presentasjonen alene ("...on the basis of a presentation alone..."). Regelen stadfester det grunnleggende prinsippet for demandgarantier at garantisten, med enkelte unntak⁵², kun skal forholde seg til inngitte dokumenter og avgjøre gyldigheten av presentasjonen ved en undersøkelse av dem og hvorvidt de oppfyller kravene i garantien og URDG.

⁵² Se om art. 7 i pkt. 2.3 over og pkt. 6.3.1.4 under

6.3.1.1 Garantisten skal undersøke presentasjonen

Garantisten må selv undersøke presentasjonen. Der en formidlende part⁵³ tjener som mellomledd, er det altså fremdeles garantisten som må stå for undersøkelsen.

6.3.1.2 På grunnlag av presentasjonen alene

Det er bare dokumentene som inngår i presentasjonen som skal tjene som underlag for garantistens avgjørelse av gyldigheten. I dette ligger det at han ikke skal undersøke om en misligholdserklæring er ekte, om en ikke dokumentbasert betingelse kan bedømmes ved undersøkelser utenfor garantistens egen organisasjon og i det hele tatt ikke foreta noen undersøkelse ut over å undersøke de dokumenter som er spesifisert i garantien og som inngår i presentasjonen.

6.3.1.3 Slik dokumentene fremstår

Garantisten skal videre undersøke dokumentene slik de fremstår ("appears on its face") og hvorvidt de tilsynelatende utgjør en gyldig presentasjon. Han kan således ikke holdes ansvarlig dersom en undersøkelse i tråd med profesjonelle standarder⁵⁴ ikke avdekker et avvik eller hvis det senere oppdages at dokumentet var forfalsket eller utstedt uten de nødvendige fullmakter.⁵⁵

6.3.1.4 Unntak til regelen om undersøkelse på grunnlag av dokumentene alene

Det første unntaket knytter seg til garantiens opphør, og nærmere bestemt der garantien skal opphøre ved inntreden av en gitt begivenhet. Dette er i URDG omtalt som en "expiry

⁵³ Se om art. 10 i pkt. 3.1.5 over

⁵⁴ Se pkt. 6.3.1.5 under

⁵⁵ Dette fremkommer også uttrykkelig av art. 27(a), som ikke skal behandles

event”, og er definert i art. 2. Der denne begivenheten ikke skal indikeres av et dokument, skal begivenheten anses inntrådt når dette blir synlig i garantistens egne systemer. Det andre unntaket gjelder art. 7, som tillater at en ikke dokumentbasert betingelse avgjøres enten ut fra garantistens egne systemer eller en indeks angitt i garantien.⁵⁶ I begge disse tilfellene fatter garantisten avgjørelsen på grunnlag av nærmere angitte undersøkelser ut over de presenterte dokumentene.

6.3.1.5 Standarden for undersøkelse

Både URDG 458 og UCP 500⁵⁷ inneholdt en bestemmelse som påla garantisten (eller banken for UCP) å undersøke presentasjonen med rimelig aktsomhet – ”reasonable care”. Denne regelen er ikke videreført i URDG 758 og UCP 600, som heller ikke regulerer standarden for undersøkelse nærmere. Konsipistene ønsket å unngå usikkerhet i regelverket og ville derfor ikke videreføre en skjønnsmessig standard for undersøkelse. Hensikten var derimot ikke å lempe på kravet til undersøkelsen, og garantisten må fremdeles foreta en fornuftig og aktsom vurdering av presentasjonen.⁵⁸ Standarden er av mindre praktisk betydning, ettersom de aller fleste demandgarantier bare består av påkrav og misligholdserklæring. Den nærmere bedømmelsen er derfor overlatt til internasjonal standard demandgaranti-praksis.

6.3.1.6 Prinsippet om streng bedømmelse

Selv om det ikke er sagt uttrykkelig i URDG, gjelder det like fullt et krav til en streng og nøyaktig bedømmelse av presentasjoner. Dersom dokumentene ikke tilfredsstiller kravene i garantien, vil presentasjonen være ugyldig. Dette vil gjelde selv om mangelen ikke er av praktisk betydning eller at dokumentene som er fremsatt vil gi samme resultat som en

⁵⁶ Se pkt. 2.3 over

⁵⁷ Hhv. forgjengerene til URDG 758 og UCP 600

⁵⁸ Affaki (2011) s. 318

gyldig presentasjon. Dersom en garanti for eksempel krever presentasjon av et dokument som viser at varene er sendt på en gitt dato, vil et dokument som viser at varene er sendt dagen etter, være ugyldig. At varene likevel kommer frem uten forsinkelse i den underliggende avtalen vil ikke ha betydning.

Prinsippet om streng bedømmelse skal derimot heller ikke tas helt bokstavelig og praktiseres ned til den minste detalj. I kommentarene til URDG er det vist til den tidligere nevnte ICC Pub. No. 682⁵⁹ som inneholder standard praksis for remburser, og det er antatt at denne praksisen langt på vei vil gi veiledning også for standard praksis for demandgarantier⁶⁰. Allment aksepterte forkortelser og trykkfeil/stavefeil skal etter denne praksisen ikke føre til at presentasjonen er ugyldig.

6.3.2 Art. 19(b) – Opplysninger skal forstås i lys av sammenhengen

Opplysningene i dokumentene i en presentasjon skal etter bokstav b undersøkes i den sammenhengen de fremgår i. Regelen tilsvarende art. 14(d) i UCP 600 og ”in context” skal ha samme betydning, slik at dataene må forstås i lys av den helheten som dokumentet de fremgår av, andre støttedokumenter, garantiens formål og internasjonal demandgaranti-praksis. At dataene skal tolkes i sin kontekst og ikke isolert, vil klart nok ha betydning for tolkningen. Hvis et dokument for eksempel definerer et begrep, skal denne definisjonen legges til grunn for forståelsen av begrepet når det er brukt i et annet.

6.3.2.1 Overensstemmelse med opplysninger i andre dokumenter

Etter bokstav b annet punktum er det ikke et krav om at opplysninger i et dokument skal være identisk med opplysninger i et annet, men de kan ikke gi motstridende opplysninger

⁵⁹ International Standard Banking Practice for the Examination of Documentary Credits, 2007 revision for UCP 600

⁶⁰ Affaki (2011) s. 319

til det som fremgår av selve dokumentet, andre påkrevde dokumenter eller garantien. Bestemmelsen er langt på vei den samme som den nye regelen i UCP 600 art. 14(d). To dokumenter som inneholder likelydende opplysninger, vil etter dette være i overensstemmelse med hverandre selv om det ene dokumentet inneholder mer detaljerte opplysninger.

Dersom garantien spesifiserer et større antall dokumenter, vil jobben med å sjekke alle opplysninger opp mot hverandre kunne bli omfattende for garantisten. I slike tilfeller kan partene vedta å modifisere art. 19(b) på en måte som innskrenker omfanget av dokumenter som opplysninger skal sjekkes opp mot. Et eksempel kan være å stryke linjen ”any other required document”, slik at opplysninger i et dokument kun skal sjekkes mot dokumentet de fremgår av. Dokumenter som ikke er spesifisert i garantien kan det også ses helt bort fra, jf. art 19(d).⁶¹

6.3.2.2 Forholdet til ikke dokumentbaserte betingelser

Ikke dokumentbaserte betingelser skal det som hovedregel ses bort fra ved undersøkelsen av presentasjonen, se pkt. 2.3 om art. 7 over. Ett av unntakene til hovedregelen gjelder situasjonen der opplysninger som fremgår av en ikke dokumentbasert betingelse ikke stemmer overens med opplysninger i et annet inngitt dokument. Et eksempel på dette kan være der garantien gir at varene som skal leveres i den underliggende avtalen skal være av en gitt kvalitet, mens dokumentene som presenteres for garantisten viser at varene er av en annen kvalitet. Dette gjelder imidlertid bare så langt dokumentet er spesifisert i garantien, ettersom andre dokumenter i sin helhet skal ses bort fra, jf. art. 19(d).

⁶¹ Se pkt. 6.3.4 under

6.3.3 Art. 19(c)

Når et støttedokument ikke nærmere angir om dokumentet skal signeres og i tilfelle av hvem, skal enhver signatur godtas uten at nærmere identifikasjon er nødvendig, jf. §19(c)ii. Der dokumentet ikke angir hvilke opplysninger det skal inneholde, følger det av art. 19(c) at garantisten for det første skal akseptere det inngitte dokumentet dersom det tilsynelatende tjener samme formål ("...content appears to fulfill the function...") som det dokumentet som er spesifisert i garantien, jf. (c)i. Garantisten forventes derfor å være i stand til å forstå hva oppdragsgiveren og beneficentens formål har vært med å kreve de opplysningene som vil fremgå av et slikt dokumentet som det som er spesifisert i garantien. Et eksempel kan være der en garanti spesifiserer at utbetaling er betinget av at det vedlegges en voldgiftsdom, uten å samtidig angi at dommen for eksempel skal slå fast at oppdragsgiver er i mislighold i den underliggende avtalen. I et slikt tilfelle forventes det at garantisten skal være i stand til å forstå at formålet med å kreve voldgiftsdom var å få konstatert mislighold, og dermed utbetale under garantien dersom påkravet ellers er gyldig.

Regelen er inspirert av art. 14(f) i UCP 600, og eksempler fra de offisielle kommentarene fra ICC er også trukket frem i kommentarene til URDG 758. Ett slikt eksempel er der garantien spesifiserer et dokument omtalt som en "weight list". Dersom det inngitte dokumentet ikke inneholder opplysninger om vekten på leveransen i den underliggende avtalen, vil påkravet være ugyldig. På samme måte skal et dokument som er angitt å være en erklæring gitt etter en analyse av leveransen, ikke godtas om innholdet er slik at det neppe kan ivareta formålet til en slik analyse.⁶²

⁶² Affaki (2011) s. 127

6.3.4 Art. 19(d) – Dokumenter som ikke er spesifisert i garantien skal ikke tas i betraktning

Bokstav d skal gjelde ubetinget og garantisten har derfor heller ingen plikt til å undersøke et slikt dokument. Dokumentet kan enten sendes tilbake til presentøren eller oppbevares for ham. Dette gjelder selvfølgelig ikke for misligholdserklæringen etter art. 15, se pkt. 5.2.1.3 over.

6.3.5 Art. 19(e) – Garantisten behøver ikke å kontrollere beneficentens utregninger

Garantisten behøver ikke å ettergå beneficentens utregninger slik de fremgår av dokumentene i presentasjonen. Han står derfor fritt til å ubetale, uavhengig av om utregningene som ligger til grunn for påkravet er feilaktige, og kan aldri bli holdt ansvarlig for utbetaling i tråd med beneficentens feilaktige utregning. At garantisten ikke er påkrevet å kontrollere beneficentens utregninger, betyr derimot ikke at han ikke har adgang til å gjøre det dersom han ønsker. Hvis garantisten da oppdager feil i utregningen, skal han avvise presentasjonen.

6.4 Art. 20 - Fristen for undersøkelse og utbetaling

I den tidligere utgaven av regelverket, URDG 458, skulle undersøkelse og utbetaling skje innen rimelig tid.⁶³ Formuleringen ble ansett å være for usikker, og mangelen på en global standard for fristen førte til et stort antall tvister. En mellomløsning ble forsøkt i UCP 500, hvor det ble tilføyd at fristen uansett skulle være syv forretningsdager. Også denne regelen ga opphav til mye uenighet, ettersom den skjønnsmessige standarden ”innen rimelig tid” fortsatt gjaldt i tiden frem til 7-dagersfristens utløp. Konsipistene valgte etter mye diskusjon den minst skjønnsmessige og sikreste løsningen, ved å innta nåværende bokstav a som gir garantisten en frist på fem forretningsdager, regnet fra dagen etter presentasjon.

⁶³ Slik var regelen også i UCP 600s forgjenger, UCP 400

Fristens utløp vil også være fristen for å informere beneficianten, jf. art. 24(e)⁶⁴

6.4.1 Forretningsdag på stedet for presentasjonen

Forretningsdag ("business day") er definert i art. 2, som gir at en forretningsdag er en dag hvor et slikt firma på stedet for presentasjonen normalt er åpen for handel. Det er altså intet i veien for at partene avtaler at presentasjon skal skje et annet sted enn hos utstedende filial, men da vil det være åpningsdagene på dét stedet som gjelder. Femdagers-fristen i art. 20a skal som tidligere nevnt regnes fra første forretningsdag etter presentasjonen, slik at på et sted der forretningsbanker normalt ikke er åpne på lørdager og søndager, vil fristen for en presentasjon foretatt på en mandag utløpe ved dagsslutt påfølgende mandag.

6.4.2 Ingen utvidelse av femdagers-fristen

Ingen av reglene i URDG utvider fristen på fem dager, og et påkrav må derfor være fremsatt senest samme dag som garantien opphører. Garantien opphør markerer samtidig den seneste fristen for å fremsette påkrav, og skulle det fremsatte påkravet vise seg å være ugyldig, vil beneficianten ha tapt sin rett til utbetaling.

6.4.3 Derimot tre tilfeller der fristens utgangspunkt er utsatt

I tre tilfeller vil fristens utgangspunkt ikke løpe allerede fra dagen etter presentasjonen. Dette er for det første der påkravet ikke tilkjenne gir garantien som den fremmes under. Fristen vil da ikke løpe før beneficianten har utpekt den aktuelle garantien for garantisten, jf. art.14(f).⁶⁵ For det andre kan en ufullstendig presentasjon samtidig angi at den skal

⁶⁴ Se om art 24 i pkt. 6.5 under.

⁶⁵ Se om art. 14(f) i pkt. 5.1.10 over.

kompletteres senere, jf. art. 14(b).⁶⁶ Da vil fristens utgangspunkt være tidspunktet når presentasjonen blir gjort fullstendig. Det tredje tilfellet er der fristens utgangspunkt utsettes som følge av en force majeure-hendelse, jf. art. 26(b)

6.4.4 Fristen løper ikke ved force majeure

Dersom en force majeure-hendelse forhindrer undersøkelse av påkravet, skal fristen ikke tilta å løpe igjen før hindringen har falt bort og forretningsdrift er gjenopptatt, jf. art. 26(b)ii.⁵⁵ Hvis hindringen oppstår når to dager av fristen er løpt, vil tre dager av fristen gjenstå når hindringen faller bort. Hvis undersøkelse derimot har vært umulig som følge av hindringen allerede fra presentasjonen skjedde, skal fristen først begynne å løpe når hindringen har falt bort.

6.5 Art. 24 – Ugyldig påkrav

Art. 24 gir detaljerte regler for fremgangsmåten for garantisten når han har mottatt et ugyldig påkrav under garantien. Bestemmelsen konsumerer art. 9 og 10(b) i URDG 458, samtidig som enkelte nye regler har kommet til. Av størst betydning er den nye preklusjonsregelen i art. 24(f), samt at det nå er overlatt til garantisten å avgjøre hvorvidt påkravet skal avvises eller om han skal forsøke å få i stand en ratihabisjon. Som det fremgår av ordlyden i bestemmelsen, skal den ikke anvendes på presentasjoner som ikke er påkrav.

6.5.1 Art. 24(a) – Påkravet er ugyldig

Når garantisten har mottatt et påkrav og konstatert at det er ugyldig, vil han kunne velge mellom å avvise påkravet eller å forsøke å imøtekomme beneficianten ved å innlede samtaler om ratihabisjon ("waiver") med instruerende part. Men selv der instruerende part

⁶⁶ Art. 14(b) er behandlet i pkt. 5.1.6 over.

godkjenner påkravet på tross av manglene, vil garantisten ikke ha noen plikt til å utbetale, jf. art. 24(c).⁶⁷ Hvis han derimot godkjenner instruerende parts ratihabisjon, vil han ikke lenger kunne begrunne en avvisning med de ratihaberte manglene.

Dersom garantisten allerede har avvist et påkrav som ugyldig, har han ikke lenger anledning til å ratihabere. Som tidligere nevnt, skal et avvist påkrav anses som ikke fremsatt, jf. art. 17(d) og 18(a). Beneficianten må i så tilfelle fremsette et nytt påkrav dersom han fremdeles ønsker å trekke på garantien. Her er det imidlertid adgang til å velge smidigere løsninger. Hvis garantisten fremdeles sitter med dokumentene tilknyttet påkravet, er det ingen ting i veien for at han og beneficianten blir enige om at det skal være tilstrekkelig å ettersende dokumentet eller dokumentene som inneholdt feil, og at dette skal anses som et nytt påkrav. På samme måte dersom det etter avvisningen av et påkrav er utstedt en endringsavtale som bøter på feilene i påkravet. Å avtale slike praktikaliteter med beneficianten skal ikke anses som en endringsavtale under URDG, og garantisten trenger derfor heller ikke innhente samtykke fra instruerende part.

6.5.1.1 Utbetaling under ugyldig påkrav med forbehold eller mot skadesløserklæring

URDG 758 regulerer ikke situasjonen der garantisten har mottatt og avslått et ugyldig påkrav, men likevel velger å utbetale, enten med forbehold om at instruerende part vil godkjenne mangelen i påkravet eller mot skadesløserklæring fra beneficianten. UCP 500 inneholdt en bestemmelse som tillot slike utbetalinger, men dette er ikke videreført i UCP 600 og heller ikke inntatt i URDG 758. En slik utbetaling vil derfor ikke være tillatt under URDG, ettersom kun uforbeholdne utbetalinger vil være korrekt oppfyllelse av garantiavtaler underlagt regelverket.

⁶⁷ Se pkt. 6.5.3 under.

6.5.2 Art. 24(b) – Slik også for motgarantier

Bestemmelsen er upresis for tilfellet der garantien er en del av en kjede av motgarantier. ”Instructing party” må derfor leses som ”den part som garantisten fikk sine instruksjoner fra”.

6.5.3 Art. 24(c) – Ingen utvidelse av femdagers-fristen eller unntak fra art. 16

Første punktum i bokstav c gjør det klart at garantistens valg uansett ikke skal utvide femdagers-fristen eller frita ham fra informasjonsplikten etter art. 16. Dette har spesielt betydning dersom garantisten avviser påkravet, ettersom han da samtidig vil ha en plikt til å informere instruerende part om påkravet.

Viktigst er imidlertid andre punktum, som slår fast at selv der instruerende part har ratihabert det ugyldige påkravet vil garantisten ikke dermed også ha gitt avkall på retten til å likevel avvise påkravet.

6.5.4 Art. 24(d) – Underretning om avslag

Hvis garantisten avviser påkravet, skal han underrette presentøren om at påkravet er avvist. Slik melding skal etter (d)i, uttrykkelig meddele at påkravet er avvist og etter (d)ii, angi hvilke mangler som foranlediget avvisningen. Oppramsingen av presentasjonens mangler må skal være komplett, og også kort begrunne hvorfor den enkelte mangel er en mangel etter garantiavtalen/URDG. En helt generell påpekning i retning av ”erklæringen samsvarer ikke med kravene i garantiavtalen” vil derfor ikke være tilstrekkelig. Formålet med regelen er klart nok å gjøre prosessen smidigere for partene.

At listen skal være komplett og inneholde alle mangler, må også forstås i sammenheng med preklusjonsregelen i bokstav e. Hvis garantisten ikke informerer presentøren om en mangel innen 5-dagersfristen, kan mangelen ikke lenger begrunne en avvisning fra garantistens side.

6.5.4.1 Hvem skal informeres?

Bestemmelsen omtaler overrekkende part som presentøren, og ikke beneficianten. Dette er ikke tilfeldig, da hensikten med regelen er at det er den som er nærmest til å rette feilen som skal informeres. I de fleste tilfeller vil en tredjepart som overrekker dokumenter på vegne av beneficianten også være nærmest til å rette feilen.

6.5.5 Art. 24(e) – Fem dagers frist for å underrette om avslag

Garantisten må underrette presentøren innen fem dager, regnet fra dagen etter presentasjonen.

6.5.6 Art. 24(f) – Preklusjonsregelen

Dersom garantisten ikke overholder bestemmelsene (d) og (e), vil han ikke lenger kunne avslå et ellers ugyldig påkrav. Dette gjelder imidlertid ikke hvis garantien i mellomtiden har opphørt, og preklusjonsregelen vil da ikke vekke nytt liv i garantien. En annen side av preklusjonsregelen, er at der garantisten ikke angir samtlige mangler ved presentasjonen i første avslag,⁶⁸ vil han etter 5-dagersfristens utløp ikke kunne avslå et senere påkrav med grunnlag i de samme og ikke påpekte feil som forelå i den første.

7 Garantiens opphør og reduksjon av garantibeløpet

Opphør er det siste stadiet i livsløpet til en garanti, og partene vedtar normalt vilkårene for opphør ved inngåelse av garantiavtalen. Vanligvis vil en garanti løpe frem til en gitt dato ("expiry date") eller en gitt begivenhet ("expiry event"), som typisk vil være oppdragsgivers oppfyllelse i den underliggende avtalen. Hvis en garanti inneholder både en opphørsdato og en opphørshendelse, skal den som fører til opphør først gjelde, jf. definisjonen av "expiry" i art. 2. Før garantiens opphør kan garantibeløpet av og til ha blitt

⁶⁸ Se pkt. 6.5.4 over

reduisert, enten ved en delvis garantiutbetaling, justering i medhold av art. 13⁶⁹ eller en erklæring der beneficianten fraskriver seg retten til deler av beløpet. Både garantiens opphør og reduksjon av garantibeløpet er regulert i art. 25. Bestemmelsen viderefører med enkelte modifikasjoner reglene i URDG 458, men inneholder også en ny regel som begrenser garantitiden til 3 år etter ustedelse der garantien ikke angir opphørsdato eller –hendelse.

7.1 Art. 25(a) – Reduksjon av garantibeløpet

Bokstav a gir en uttømmende oppramsing av tilfellene der garantibeløpet i en garanti under URDG kan bli redusert. I tillegg kommer imidlertid også tilfellene der garantibeløpet reduseres gjennom en endringsavtale, se pkt. 4.1 over.

7.2 Art. 25(b) – Opphør av garantien

Garantien opphører enten på opphørsdatoen, når opphørshendelsen har inntrådt, når hele garantibeløpet er utbetalt eller hvis beneficianten frasier seg sin rett etter garantien ved uttrykkelig erklæring. Dette vil gjelde uavhengig av om selve garantidokumentet returneres garantisten eller ikke, og URDG 758 anser det heller ikke som et verdipapir. Bestemmelsen skiller seg fra URDG 458, som lot garantien opphøre ved en enkel retur av garantidokumentet. Regelen ble ikke videreført i URDG 758, som dermed unngår utilsiktet opphør der dokumentet blir returnert som følge av en saksbehandlingsfeil.

7.3 Art. 25(c) – Ingen garantier uten opphørsbestemmelser

Et viktig formål med utarbeidelsen av URDG 758 var å unngå garantier som ikke angir en opphørsdato eller –hendelse, såkalte ”open-ended guarantees”. Bruk av slike garantier er ikke ansett som mønsterpraksis, og fordelen beneficianten oppnår oppveier ikke for den

⁶⁹ Se pkt. 4.1.17 over

belastningen en slik garanti vil være i forholdet mellom ham og oppdragsgiveren. En demandgaranti er i alminnelighet et effektivt pressmiddel i det underliggende avtaleforholdet, men en slik garanti vil kunne brukes av beneficianten til å oppnå uberettigede fordeler og bør følgelig unngås. Der URDG 458 kun inneholdt en frarådning, skal slike garantier under URDG 758 nå opphøre 3 år etter utstedelsen.

8 Litteraturliste

Affaki, Georges og Roy Goode. *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*. Paris, 2011.

Vinje, Eirik H. *Tolkning av garantier i forretningsforhold*. Oslo, 1999.

Smith, Carsten. *Kausjonsrett*. 3. utg. ved Terese Smith Ulseth og Marianne Olsson. Oslo, 1997.

Bertrams, Roeland. *Bank Guarantees in International Trade*. 3. utg. Haag, 2004.

Pierce, Anthony. *Demand Guarantees in International trade*. London, 1993.